

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse instituut

Kadri Teder

**HANKEMENETLUSEST KÕRVALDAMISE ALUSED
EUROOPA LIIDU JA EESTI RIIGIHANKEÕIGUSES: MAKSUDE JA MAKSETE
TASUMISE KOHUSTUS VABATAHTLIKU KÕRVALDAMISE ALUSENA**

Magistritöö

Juhendaja: Carri Ginter,
PhD

Tallinn
2012

Olen koostanud magistritöö iseseisvalt.

Kõik töö koostamisel kasutatud teiste autorite
tööd, olulised seisukohad, kirjandusallikad
ja mujalt pärinevad andmed on viidatud.

.....

Sisukord

Sissejuhatus	4
1. Hankemenetlustest kõrvaldamise aluste kujunemine ja teooria	11
1.1. Kõrvaldamise aluste areng.....	13
1.1.1. Kõrvaldamise aluste areng ELi riigihankeõiguses enne direktiivi 2004/18/EÜ	13
1.1.2. Kõrvaldamise aluste areng Eesti riigihankeõiguses	16
1.2. Kõrvaldamise aluste eesmärgid	22
1.3. Kõrvaldamise alused ELi ja Eesti riigihangete õigusaktides	26
1.3.1. Kõrvaldamise alused direktiivis 2004/18/EÜ	27
1.3.2. Kõrvaldamise alused riigihangete seaduses	31
1.4. <i>Self-cleaning</i> 'u teooria ehk võimalik erand kohustuslikest kõrvaldamise alustest.....	33
2. Maksude ja maksete tasumise kohustus kõrvaldamise alusena.....	41
2.1. Kohustusliku kõrvaldamise alusena kehtestamine	41
2.2. Maksuvõla mõiste	50
2.3. Pakkujatel maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise kontrolli teostamise ajalise mõõtmise kaks aspekti.....	53
2.3.1. Kontrolli teostamise ajahetk.....	53
2.3.2. Maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise aeg.....	57
2.4. Rakendamispädevus Eestis	58
Kokkuvõte	67
Grounds for exclusion in the EU and Estonian procurement law: excluding on grounds of unpaid taxes as a basis for voluntary exclusion.....	74
Kasutatud kirjandus	82
Lisa 1 – Kõrvaldamise aluste regulatsioon 1935. aastal jõustunud riigihangete seaduses.....	89
Lisa 2 – 2000. aasta riigihangete seaduse § 35.....	94
Lisa 3 – Kõrvaldamise alused Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihangete lepingus	95
Lisa 4 – Direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 45	97
Lisa 5 – Kehtiva riigihangete seaduse § 38	100
Lisa 6 – <i>De lege ferenda</i>	103

Sissejuhatus

Riigihangete seaduses sätestatud üldpõhimõtete kohaselt tuleb riigihankemenetluses kasutada hankija rahalisi vahendeid otstarbekalt ja säästlikult. Riigihankemenetluste süsteem tagab, et maksumaksja raha suunatakse turule ühtsetel, läbipaistvatel ja arusaadavatel eeldustel. Seeläbi võidab nii turg kui ka hankija. Ühele jääb teenimise, teisele tarbimise rõõm. Otstarbekuse ja säästlikkuse kõrval on teiseks oluliseks riigihangete üldpõhimõtteks turul oleva konkurentsi efektiivne ärakasutamine. Teisisõnu on hankija kohustatud hea seisma selle eest, et turg oleks korraldatavatest riigihangetest teadlik ning menetlus lepingu sõlmimiseks aus ja läbipaistev. Niisiis eeldab turg eelnevalt välja toodud riigihangete üldpõhimõtteid silmas pidades, et hankija käitub riigimehelikult ning kohtleb kõiki menetluses olevaid pakkujaid võrdselt ega loo mõnele neist eeliseid. Siiski tuleb turu ehk pakkujate ootuste kõrval rääkida ka hankija ootustest pakkujatele.

Hankija ehk riik või kohalik omavalitsus ootab, et tulevane lepingupartner oleks samuti aus, kuid mitte ainult aus konkreetse riigiasutuse või kohaliku omavalitsuse üksuse suhtes, kellega end lepinguliselt riigihankejärgselt seotakse, vaid ka aus riigi kui terviku vastu. Näiteks eeldatakse, et pakkuja või tema seaduslik esindaja ei ole väär- ega kuriteo korras karistatud või et pakkuja, kes tuleb oma toodet või teenust pakkuma, ei oleks tegelikkuses pankroti äärel või likvideerimisel. Lisaks ootab hankija, et pakkuja oleks kogunud ja kompetentne.

Selleks et pakkuja, kellega hankija astub lepingusse, oleks seadusandja silmis hankija jaoks sobilik partner, tuleb hankijal hankemenetluse käigus kontrollida pakkujal kõrvaldamise aluste puudumist ning pakkuja isiku kvalifikatsiooni. Riigihangete seadus¹ (edaspidi ka RHS) peab kõrvaldamise aluste all silmas seaduse 2. peatüki 3. jaos sätestatud § 38 lõigetes 1 ja 2 loetletud eeldusi, mis pakkujatel ei tohi olla täidetud. Kui hankija tuvastab, et pakkujal on mõni nimetatud eeldustest täidetud, tähendab see hankemenetluselt kõrvaldamist ning pakkuja ei osale edasistes menetlusetappides. Näiteks eeldab § 38 lõige 1 punkt 1, et ei pakkujal ega ka tema seaduslikul esindajal ei ole kehtivat karistust kriminaal- või väärteomenetluses ametialaste süütegude toimepanemise eest. Eesti seadusandja on pidanud ka oluliseks maksualast ausust riigi ees, sätestades § 38 lõike 1 punktiga 4, et pakkuja ei tohi olla maksuvõlglane.

¹ Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 14.02.2012, 2.

Riigihangete seaduse §-s 38 leiduvad kõrvaldamise alused (jaotudes kohustuslikeks ning vabatahtlikeks) tuginevad Euroopa Liidu (edaspidi ka EL) kahele riigihankedirektiivile². Nimetatud Euroopa Liidu direktiivid tuginevad omakorda Maailma Kaubandusorganisatsiooni Riigihankelepingule (edaspidi ka GPA³). Seega on võimalik rääkida mitte ainult riigi ootustest (ausale) pakkujale, vaid nii Euroopa Liidu kui ka Maailma Kaubandusorganisatsiooni ootustest pakkujatele.

Avaliku sektori hankijate tegevust reguleeriv riigihankedirektiiv 2004/18/EÜ (edaspidi direktiiv) sätestab, et hankija ei tohi mitte ühelgi tingimusel sõlmida hankelepingut isikuga, keda on jõustunud kohtuotsusega karistatud osalemise eest kuritegelikus organisatsioonis, korruptiivse tegevuse või rahapesu eest. Tegemist on nn kohustusliku kõrvaldamise alusega, kus liikmesriigile on jäetud vaid rakendamisküsimuste lahendamise õigus (näiteks, kas kõrvaldamise alus on seotud karistuse kehtivusega või saab alust kasutada nii-öelda igavese kõrvaldamise alusena). Direktiiv näeb ette ka seitse vabatahtlikku kõrvaldamise alust, kus liikmesriigil on õigus otsustada, kas võtta üle kõik või vaid mõni neist, kas jätta nende rakendamine hankija kaalutusotsuseks või jätta kõik ülevõtmata.

Eesti on direktiivis sätestatud kõrvaldamise alused võtnud üle selliselt, et hankija diskretsiooniotsusest sõltub vaid kahe kõrvaldamise aluse rakendamine. Seega on kõik ülejäänud direktiivis sätestatud kõrvaldamise alused Eesti riigihangete seaduses sätestatud kohustuslikena. Sellest tulenevalt võib öelda, et Eesti seadusandja oma regulatsioonides väga konservatiivne, näidates läbi sellise hulga kõrvaldamisaluste suhtelist usaldamatust hanketurul olevate pakkujate vastu. Kuivõrd enamik seaduses sätestatud kõrvaldamise aluseid on kohustuslikud, siis ei ole võimalik rääkida ka seadusandja usust hankija kaalutusotsuse tegemise võimesse, st kõrvaldamise aluste eesmärkide rakendamisse rohujuuresandil.

Kuigi ilmselt võib öelda, et riigihangete temaatika omab alalist aktuaalsust riigihangete turule suunatavate märkimisväärselt suurte riigi rahaliste vahendite⁴ tõttu, seisneb magistritöö

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 1—113.

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv nr 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 114—240.

³ Agreement on Government Procurement (GPA). – Arvutivõrgus: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (17.03.2011).

⁴ Näiteks hangiti riigihangete registri andmeil asju, teenuseid ja ehitustöid läbi riigihangete, nii 2010. kui ka 2011. aastal Eestis 1,3 miljardi euro eest (täpne summa 2010.aastal 1 319 714 138 eurot ja 2011. aastal 1 364 072 567).

aktuaalsus asjaolus, et iga läbiviidava hankemenetluse raames on hankijad kohustatud kontrollima pakkujate kõrvaldamise aluseid. 2011. aastal viidi hankijate poolt Eestis läbi 6273 sellist kõrvaldamise aluste kontrolli⁵. Kontrollide läbiviimise arvukust arvestades on eriti oluline, et kõik alused, mida hankijad on kohustatud üksikult kontrollima, oleksid Euroopa Liidu õigusest õigesti ülevõetud ja kohased. Täiendav argument magistritöö teema aktuaalsusele seisneb selles, et 2004. aastal jõustunud avaliku sektori hankijate tegevust reguleeriv direktiiv nägi esmakordselt ette pakkujate kohustuslikud hankemenetlustest kõrvaldamise alused, mille rakendamine on liikmesriikidele kohustuslik. Seni sisaldasid riigihanke direktiivid vaid valikulisi ja vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid. Liikmesriigid kohustusid direktiivi harmoniseerima 31. jaanuariks 2006. Eesti harmoniseeris direktiivi 1. maiks 2007. Arvestades, et regulatsiooni rakenduspraktika kujunemine vajab aega, on kõrvaldamise aluste rakendamine Eestis siiski leidnud selle aja jooksul laialdast kõlapinda ning mitmetimõistmist nii meedias kui ka riigihangete vaidlustuskomisjoni ja kohtu praktikas.

Pakkuja hankemenetlustest kõrvaldamise aluste tähtsus seisneb lisaks eelnevalt väljendatule ka asjaolus, et mida rohkem on seadusandja Euroopa Liidu ja ka riigisisese tasandil kehtestanud nii kohustuslikke kui ka vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid, seda rohkem sekkutakse riigihankeõigusega nii pakkujate majandustegevusse kui ka konkurentsi edendamisse hankemenetlustel. Kuna riigihangete direktiivide eesmärk on tagada suuremat kaubandustegevuse integreeritust liikmesriikide vahel, siis ei ole teistest liikmesriikidest pärit pakkujate hankemenetlustest kõrvaldamiseks vastavate konkreetsete või kaudsete meetmete kehtestamine üldiselt lubatud⁶. Siinkohal on seadusandja ülesandeks riigihanke menetluses optimaalsete ja mõistlike kõrvaldamise aluste kehtestamine, leidmaks tasakaalupunkti riigi ja (hanke)turust vastastikuste ootuste vahel. Kui kõrvaldamise aluste kehtestamisega on mindud liiale või nende rakendamine on võrreldes algse olemusega moonunud, võib tagajärjeks olla erinevatest liikmesriikidest pärit pakkujate ebavõrdne kohtlemine või normaalse konkurentsi takistamine või moonutamine.

Magistritöö peamine eesmärk on välja selgitada, kas Eesti rakendab hankemenetlustest kõrvaldamise aluseid õigesti. Magistritöö hüpotees on, et Eesti riigihangete seaduses sätestatud kõrvaldamise aluste regulatsioon on osaliselt kooskõlas Euroopa Liidu

⁵ Riigihangete registri andmeil viidi 2011. aastal läbi 6273 eraldiseisvat hankemenetlust.

⁶ Mireles, M. The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis of the Enforcement Provisions and the Application of Secondary Policies in Financed Projects. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, 2006, lk 212. – Arvutivõrgus: http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/marta_meireles_master_final.pdf (22.03.2011).

kõrvaldamise aluste instituudiga. Sellest tulenevalt uurib magistritöö autor, milline on Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste instituut ning kas kõrvaldamise aluste rakendamise praktika on Eestis maksude ja maksete tasumise kohustuse kui vabatahtliku kõrvaldamise aluse näitel kooskõlas Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste instituudiga. Magistritöö käigus vaadeldakse kõrvaldamise aluste kujunemist, olemust ja eesmärke nii Eesti kui ka Euroopa Liidu riigihangete õiguses.

Magistritöö alameesmärgiks on välja selgitada kohustuslikke kõrvaldamise aluseid hõlmava *self-cleaning*'u teooria lubatavus Euroopa Liidu riigihangete õiguses. Magistritöö autor seab hüpoteesi, et *self-cleaning*'u teooria rakendamine ei ole kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõigusega. Sellest tulenevalt uurib magistritöö autor *self-cleaning*'u teooria tekkepõhjuseid, põhialuseid ja rakendamise võimalikkust.

Magistritöös kasutatakse andmekogumismeetodi abil kogutud asjakohaseid riigihankealaseid õiguskirjanduse, seadusandluse ning Euroopa Kohtu ja siseriikliku kohtupraktika allikaid, mida tõlgendatakse võrdlemise, analüüsi ja üldistamise teel. Tulemused esitatakse teksti kujul.

Magistritöö koostamisel kasutatakse allikatena riigihankealaseid õigusakte ja nende seletuskirju, rahvusvahelist riigihangetealast lepingut, riigihangete valdkonnas respektieritud arvamusiidrite teoseid, asjakohaseid doktoritöid ja artikleid ning Euroopa Kohtu otsuseid ja neid selgitavaid artikleid, raamatuid, arvamusi. Lisaks viitab autor magistritöös Riigikohtu ning riigihangete vaidlustuskomisjoni asjakohastele otsustele. Autori hinnangul on töö koostamiseks ning kõrvaldamise aluste valdkonna avamiseks valitud allikmaterjal esinduslik, kuivõrd arvesse on võetud nii eksisteerivat regulatsiooni, praktikat, valitsevaid teoreetilisi teemakäsitusi kui ka kohtupraktikat.

Magistritöö kirjutamisel kasutas autor S. Arrowsmith'i raamatut „EU Public Procurement Law: An Introduction”⁷ ning Bovis'e raamatuid „EC Public Procurement: Case Law and Regulation”⁸ ja „EU Procurement Law”⁹. Kuivõrd Eesti õigusala kirjandus pole seni kõrvaldamise aluste temaatikat käsitlenud, on töös kasutatud valdavalt õigusajakirjas Public

⁷ Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. 2010. – Arvutivõrgus: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (02.04.2012).

⁸ Bovis, C. EC Public Procurement: Case Law and Regulation. Oxford: Oxford University Press 2006.

⁹ Bovis, C. EU Procurement Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2007.

Procurement Law Review avaldatud teemakohaseid artikleid. Kajastamist leiavad ka teema avamise aspektist olulised saksakeelsed artiklid, mis on peamiselt avaldatud õigusajakirjas Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht. Siiski leiavad käsitlemist ka mitmed Eesti autorite väljaandes Juridica avaldatud riigihankealased artiklid.

Magistritöö on jaotatud kaheks suuremaks peatükiks. Esimeses peatükis käsitletakse hankemenetlusest kõrvaldamise aluste teooriat ja kujunemist läbi nelja alateema. Esimese peatüki raames antakse teema paremaks mõistmiseks ning kõrvaldamise aluste olemuse avamiseks ülevaade kõrvaldamise aluste arenguloost nii Euroopa Liidu kui ka Eesti riigihankeõiguses. Eesti riigihankeõigus ulatub tagasi 1930ndatesse aastatesse, mil 1934. aastal jõustus Eesti esimene riigihangete seadus. Taasiseseisvumise järel on siseriikliku riigihankeõiguse areng olnud võrdlemisi dünaamiline, hõlmates endas nii 1990ndate algusaastate valdkondlikke hankemäärusi kui ka hilisemaid mitmeid seadusi.

Teema avamise seisukohast on oluline käsitleda ka seda, kuidas kajastatakse kõrvaldamise aluseid teoreetilises õiguskirjanduses ning millised on kõrvaldamise aluste eesmärgid. Kõrvaldamise aluste eesmärgid aitavad avada kõrvaldamise aluste algset olemust ning riikide ootusi kõrvaldamise aluste rakendamisele. Lisaks omab teema avamisel tähtsust see, kuidas käsitlevad kõrvaldamise aluseid Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankealane leping, kehtiv direktiiv ning riigihangete seadus. Kehtiva regulatsiooni kajastamine võimaldab teha järeldusi selle kohta, kas ja kuidas on kõrvaldamise alused liikmesriigi õigusloomes kirja pandud ning kas need on võrreldes algse allikaga muutunud.

Magistritöö esimese peatüki lõpetab riigihankealases õiguskirjanduses välja pakutud uusim õiguslik lähenemine kõrvaldamise alustest n-ö pääsemiseks ning hankemenetlustes osalemise jätkamiseks (inglise keeles *self-cleaning*, saksa keeles *Selbstreinigung*). Nimetatud alateemas annab autor ülevaate idee teoreetilisest käsitlemisest ning analüüsib selle rakendamise võimalikkust. *Self-cleaning* on Saksamaal, Austrias ja Itaalias tuntud regulatsioon olukordades, kus hankija oleks kohustuslikest kõrvaldamise alustest tulenevalt sunnitud pakkuja menetlusest kõrvaldama. Näiteks on pakkuja suhtes jõustunud kohtuotsus korruptsioonis. *Self-cleaning*’u teooria kohaselt annab hankija kaalutusõiguse alusel pakkujale võimaluse näidata, et ta on oma vigadest õppinud ning viinud läbi tõhusad struktuuri ja personali puudutavad muudatused, mis tagavad, et tulevikus sarnaseid rikkumisi ei esine. Sellise meetodi abil on *self-cleaning*’u teooria kohaselt pakkuja end hankija silmis rehabiliteerinud ning taas usaldusväärseks parteriks muutunud.

Vabatahtlike kõrvaldamise aluste olemuse ja praktilise rakendamise kooskõlalise või vastuolulise küsimusi käsitletakse magistritöö teises peatükis, kus magistritöö autor analüüsib vabatahtlikku kõrvaldamise alust, mis lubab hankemenetlusest kõrvaldada pakkujate maksude ja maksete võlgnevuste tõttu. Põhjus, miks magistritöös leiab käsitlemist maksude ja maksete täitmise kohustust puudutav kõrvaldamise alus, seisneb selles, et nimetatud alus omab Eestis märkimisväärset vaidlustamis- ja kohtupraktikat, mis võimaldab läbi praktika lähemalt vaadelda konkreetse kõrvaldamise aluse esialgset eesmärki, reguleeritust seaduses ning rakendamist praktikas. Lisaks eelnevale analüüsitakse teises peatükis, kas maksude ja maksete tasumise kohustust käsitlevat vabatahtlikku kõrvaldamise alust on lubatav rakendada kohustuslikuna, millist mõju omab maksuvõla liikmesriigiti erinev defineerimine piiriülestele riigihangetele, maksude ja maksete täitmise kohustust käsitleva vabatahtliku kõrvaldamise aluse rakendamise aspekte ning selle sätte senist rakendamispraktikat Eestis.

Magistritöö teises peatükis kajastatakse, kuidas on kõrvaldamise alused kehtestatud Ungari, Läti, Leedu, Poola ja Soome riigihangete seadustes. Läti, Leedu, Poola ja Soome regulatsioone vaadeldakse seetõttu, et tegemist on Eestile lähedal asuvate riikidega ning tõenäosus piiriülesteks hangeteks nendest riikidest pärinevate pakkujatega on kõige suurem. Ungari riigihangete seadus sattus valimisse, kuna teda tõsteti esile õiguskirjanduses. *Self-cleaningu* teooria käsitlemisel vaadeldakse ka Saksa kõrvaldamise aluste regulatsiooni, kuivõrd teooria tugineb ka selle riigi praktikale. Magistritöö sisulise osa lõpetab kokkuvõte.

Magistritööle on lisatud kuus lisa, millest esimesed kolm aitavad avada kõrvaldamise aluste kujunemislugu ja olemust. Esimeses lisas annab magistritöö autor ülevaate kõrvaldamise aluste ja ka riigihangete üldisest regulatsioonist Eestis 1930ndate aastate lõpus. Teises lisas on ära toodud 2000. aasta riigihangete seaduse kõrvaldamise aluseid reguleeriv säte, mis on heaks võrdluseks hetkel kehtivatele Eesti ja ka Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste sätetele. 2000. aasta riigihangete seaduse kõrvaldamise aluseid reguleeriv säte on märkimisväärne ka seetõttu, et esmakordselt kehtestati kõik kõrvaldamise alused kohustuslikena, jätmata hankijatele õigust pakkujate puudujääke kaaluda. Kõrvaldamise aluste reguleeritust Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepingus kajastab magistritöö kolmas lisa. Neljas ja viies lisa sisaldavad magistritöös analüüsitavaid hetkel kehtivaid Euroopa Liidu ja Eesti riigihangete seaduse kõrvaldamise aluse sätteid. Magistritöö lõpetab riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu koos seletuskirjaga, mis sisaldab autori poolt magistritöös tehtud osadel järeldustel tuginevaid ettepanekuid.

Tähelepanu tuleb pöörata sellele, et nii direktiiv kui ka riigihangete seaduse varasemad redaktsioonid kasutavad hankemenetluse termineid erinevalt (näiteks pakkumine, pakkumismenetlus, ostja, pretendent). Mõistetavuse ja magistritöö ühtluse huvides kasutab magistritöö autor läbivalt hetkel kehtivas riigihangete seaduses kasutatavaid termineid („hankemenetlus“, „hankija“ ja „pakkuja“). Terminit „pakkuja“ kasutatakse töös laiendavalt, hõlmates ka taotlejaid.

Magistritöö autor viitab Euroopa Liidu Kohtule kui Euroopa Kohtule, lähtuvalt selle nimest otsuse tegemise ajal.

1. Hankemenetlusest kõrvaldamise aluste kujunemine ja teooria

Üldistades on kõrvaldamise aluste rakendamise näol tegemist pakkuja diskvalifitseerimisega, mis takistab pakkujal ehk füüsilisel või juriidilisel isikul teatud tegevuste sooritamist¹⁰. Riigihankeõigusesse ülekantuna võib kõrvaldamise aluseid käsitleda pakkujate hankemenetlustes osalemise piirangutena, kuna neid on võimalik sisustada kui valitsuste poolt kasutatavaid administratiivseid vahendeid, takistamaks pakkujatel võitmast riigihankelepingud¹¹.

S. L. Schooner sõnastab tabavalt kõrvaldamise aluste regulatsiooni olemuse, öeldes, et selle kohustuslikus korras läbitava harjutuse [pakkujal kõrvaldamise aluste kontrollimise] eesmärgiks on tagada, et maksumaksja rahaga hangitakse tõepoolest vajalikke asju või teenuseid, mitte ei osteta niisama kohtuasja.¹² Ka E. Piselli viitab kõrvaldamise alustele kui administratiivsetele sanktsioonidele, öeldes, et kõrvaldamise alused on üks vahend, millega hoida pakkujaid toime panemast õigusrikkumisi ning seeläbi toetada teatud poliitikasuundumusi, mis on hõlmatud kriminaalõigust käsitlevatesse õigusaktidesse¹³. Kõrvaldamise aluste preventiivsus seisneb ka asjaolus, et see kas eemaldab üldse või vähendab tõenäosust, et puudutatud pakkuja saaks õigusrikkumiste toimepanemisega jätkata, kuivõrd see tähendaks ka tulevastelt riigihangetelt väljajäämist. Eriti puudutab see neid turusektoreid, kus peamiseks lepingupartneriks ja tööandjaks ongi riik (näiteks tee-ehitus). Riigihangetelt väljajäämine hõlmab endas märkimisväärset majanduslikku riski, mida on eluliselt oluline vältida.¹⁴

Riigihangete õiguse kujunemislugu vaadates võib öelda, et enamiku Euroopa Liidu liikmesriikide riigisisese riigihankeõiguse juured pärinevad eelarveõigusest¹⁵. Eelarveõigus kohustab majandusüksusi täitma säästlikkuse ja majanduslikkuse põhimõtet. Riigihangete seaduses on see aspekt kajastatud § 3 punktis 1. Selle kohaselt peab hankija kasutama rahalisi

¹⁰ Arnáiz, T. M. EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts. – Thai, Khi V. (toim). International Handbook of Public Procurement. Boca Raton: CRC Press 2009, lk 111.

¹¹ Schooner, S. L. The paper tiger stirs: Rethinking suspension and debarment. – Public Procurement Law Review 2004/5, lk 212.

¹² Schooner (viide 11), lk 212.

¹³ Piselli, E. The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the E.U. Procurement Directives. – Public Procurement Law Review 2000/6, lk 267.

¹⁴ Arrowsmith, S., Prieß, H.-J., Friton, P. Self-cleaning as a Defence to Exclusion for Misconduct: An emerging Concept in EC Public Procurement Law. – Public Procurement Law Review 2009/6, lk 275.

¹⁵ Schwarze, J., Müller, P.-Ch. Das öffentliche Auftragswesen in der EG: Vorträge der Fachgruppe für Europarecht auf der 25. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 20.–22. März 1996 in Jena. Baden-Baden: Nomos 1996, lk 8.

vahendeid säästlikult ja otstarbekalt.¹⁶ Riigihankeõiguse eelarvekeskselt käsituselt on üle mindud ettevõtjakesksele käsitusele, milles riigi majanduspoliitiliste ja fiskaalhuvide asemel domineerivad ettevõtjate majandushuvid.¹⁷ Arvestades eeltoodut, kus domineerivaks on saanud ettevõtjate majandushuvid riigihangetel, on eriti kohane viidata kõrvaldamise alustele kui mehhanismile, mis peaks olemuslikult jätma riigihangetelt kõrvale ebaausad pakkujad ning garanteerima riigile kui hankijale lepingusse astumise vaid kõrvaldamise alusteta pakkujaga.

Kõrvaldamise aluste kontroll pakkujail on üks osa hankemenetluse¹⁸ protseduurist. Kõrvaldamise aluste esinemist on pakkujatel võimalik kontrollida hankemenetluse kestel¹⁹, seega arvates hanketeate avaldamisest kuni hankelepingu sõlmimiseni. Kuigi riigihangete seaduse regulatsioon on suunatud reeglite kehtestamisele hankemenetluse planeerimiseks ja läbiviimiseks, on viimasel ajal siiski kõlanud mitmeid arvamusi, et riigihankeõiguse mõjusfäär ei lõpe hankelepingu sõlmimise hetkel, vaid puudutab ka hankelepingulisi õigussuhteid²⁰ ehk omab tähtsust ka veel hankelepingu täitmise juures. Riigihangete seaduse ja direktiivi sõnastust arvestades jääb magistritöö autor riigihankemenetluse laiendamata käsitluse juurde, mis seab hankemenetlusele eelnevalt väljatoodud konkreetset menetluslikud piirid.

Kõrvaldamise alused on nii direktiivis kui ka riigihangete seaduses paigutatud pakkuja kvalifikatsiooni käsitleva regulatsiooni alla. Sellegipoolest ei ole kõrvaldamise aluste kontrolli ja pakkuja kvalifikatsiooni ehk pakkuja kogemuse sobivuse kontrolli näol tegemist hankija jaoks ühe menetlustoimingu ega otsustusega. Kõrvaldamise aluste kontroll eelneb kvalifikatsiooni ehk pakkuja isiku sobilikkuse kontrollile²¹ ning juhul, kui pakkujal on

¹⁶ Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007/8, lk 564-572.

¹⁷ Ginter, C., Mugur, M. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse näide. *Juridica* 2010/4, lk 239-247.

¹⁸ Hankemenetluste all mõistetakse direktiivi 2004/18/EÜ 5. peatükis ja riigihangete seaduse 2. peatükis nimetatud riigihankemenetluse liike: avatud, piiratud, väljakuulutamise ja väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlus ning võistlev dialoog. Näiteks kontsessioonidele, ideekonkurssidele ja lihtsustatud korras tellitavate teenuste hankimisele kõrvaldamise aluste regulatsioon automaatselt ei kohaldu.

¹⁹ Hankemenetlus algab hanketeate avaldamisega registris (väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse puhul hankedokumentide esitamisega pakkujatele). Menetluse järgmiseks etapiks avatud hankemenetluse näitel on pakkumuste esitamine, millele järgneb juba esitatud pakkumuste avamine ning sellejärgselt pakkuja kui isiku sobilikkuse (kvalifikatsiooni) ja esitatud pakkumuse kontroll (vastavaks tunnistamine). Viimaseks etapiks on juba kvalifitseeritud pakkujate poolt esitatud vastavaks tunnistatud pakkumuste hindamine. Hankemenetlus lõpeb normaaljuhul hankelepingu sõlmimisega.

²⁰ Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus 2010, lk 41.

²¹ Trepte, P. *Public Procurement in the EU. A practitioner's Guide*. Second edition. Oxford: Oxford University Press 2007, lk 337.

kõrvaldamise alus(ed) täidetud, pakkuja kvalifikatsiooni ei kontrollita²². Siiski on Euroopa Kohus öelnud, et nimetatud otsuseid on võimalik teha ka samaaegselt²³. Sellest järeldub, et kõrvaldamise alused ei ole otseselt seotud pakkuja suutlikkusega täita hankelepingut tehnilisest ega ka majanduslikust aspektist²⁴.

1.1. Kõrvaldamise aluste areng

1.1.1. Kõrvaldamise aluste areng ELi riigihankeõiguses enne direktiivi 2004/18/EÜ

Riigihangete õiguse arengu Euroopa Liidus võib jagada viiks erinevaks perioodiks:

- 1) 1970ndad: riigihangete reeglite kehtestamine ehitustööde ja teenuste hankelepingutele;
- 2) 1980ndate lõpp ja 1990ndade algus: riigihankereeglistiku laiendamine ja tugevdamine ühisturu loomise vaimus, regulatsioonide konsolideerimine;
- 3) 1997: riigihankereeglite kooskõlastamine Maailma Kaubandusorganisatsiooni GPA lepinguga;
- 4) 2004: regulatsioonide konsolideerimine ja muutmine;
- 5) Arengud pärast 2004. aastat: EL riigihankereeglite täiustamine ning tugevdamine.²⁵

Euroopa Ühenduse „sekkumine“ riigihangete õigusesse sai alguse kahe üldprogrammiga²⁶, mille eesmärgiks oli ehitustööde riigihankelepingutelt piirangute kaotamine, demonstreerimaks varakult Euroopa Ühenduse muret seoses diskrimineerimisega riigihangete valdkonnas. Programmid tegelesid siiski vaid ehitustööde hankelepingutega, kuna nimetatud üldprogrammid võeti vastu Euroopa Ühenduse asutamislepingu nende sätete alusel, mis käsitlesid asutamise ja teenuste osutamise vabadust, mis ei puudutanud aga asjade hankimist, kuna see langes ühenduse õiguse kohaselt kaupade vaba liikumise sätete reguleerimise alasse. Mõlemad programmid nõudsid liikmesriikidelt selliste piirangute kõrvaldamist, mis ei

²² Riigihangete seadus § 38 lg 7: „Pakkuja või taotleja hankemenetlusest kõrvaldamisel käesolevas paragrahvis sätestatud alustel teeb hankija sellekohase põhjendatud kirjaliku otsuse.“

²³ Euroopa Kohus 20.09.1988, nr 31/87, *Gebroeders Beentjes BV vs Netherlands*, p 15.

Euroopa Kohus 19.06.2003, nr C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) vs Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG*, p 59 ja 60.

²⁴ Trepte (viide 21), lk 337.

²⁵ Arrowsmith, S. *EU Public Procurement Law: An Introduction*. 2010, lk 55-58. – Arvutivõrgus: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (02.04.2012).

²⁶ Asutamisiirangute kaotamise üldprogramm ja Teenuste osutamise piirangute kaotamise üldprogramm.

General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment. – EÜT 2, 15.1.1962, lk 36—45.

General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services. – EÜT 2, 15.1.1962, lk 32—35.

võimaldanud teistest liikmesriikidest pärit pakkujatel või alltöövõtjatel esitada pakkumusi või osaleda hankemenetluses.²⁷

Üldprogramme viidi ellu järjestike direktiivide seeriatena. Direktiive oli kahte tüüpi, jagunedes nn liberaliseerimise ja koordineerimise direktiivideks. Liberaliseerimise direktiive kasutati piirangute ja diskrimineerivate meetmete kõrvaldamiseks. Koordineerimise direktiivide eesmärgiks oli liikmesriikide õigusaktide ühtlustamine; riigihangete puhul siseriiklike hankemenetluse reeglistike ühtlustamine.²⁸

Magistritöö teemakäsitluse aspektist on huvipakkuvad vaid koordineerivad direktiivid, millest esimene võeti riigihangete valdkonnas vastu 1971.²⁹ ja teine 1977. aastal³⁰. Ehitustööde hankelepingute ning asjade ja teenuste hankelepingute eraldi reguleerimise põhjuseks peeti tollel ajal erinevat õiguslikku baasi (aluseks, nagu eelnevalt viidatud, erinevad põhivabadused), mistõttu ühendati reeglid kõikide hankelepingute liikide kohta ühtsesse direktiivi alles 2004. aastal, kuigi mõlema direktiivi eesmärgid, nagu direktiivide sissejuhatavatel sätetel ilmneb, olid samad³¹.

Märkimisväärseks aspektiks nimetatud direktiivide puhul on asjaolu, et direktiivide preambulite kohaselt ei olnud regulatsioonide eesmärk kehtestada liikmesriikidele uusi reegleid hankemenetluste läbiviimiseks, vaid nii palju kui võimalik, võtta arvesse liikmesriikide hankemenetlusi ja halduspraktikaid³². Antud mõtet üldistades ja seda kõrvaldamise alustele üle kandes, koondasid esimesed direktiivid kõrvaldamise aluste osas kõikide liikmesriikide ootused pakkujate usaldusväärsele, valides kõikidest erinevates liikmesriikides kasutusel olnud kõrvaldamise alustest välja need, mis olid kooskõlas Euroopa Ühenduse asutamislepingu riigihankeid reguleerivate põhivabaduste ja lepingu üldiste eesmärkidega. Selliselt peegeldavad esimesed direktiivid liikmesriikide tollel ajal eksisteerinud ühtseid ootusi pakkuja usaldusväärsele ehk hankemenetluse kõrvaldamise alustele.

²⁷ Trepte (viide 21), lk 27-28.

²⁸ Trepte (viide 21), lk 27-28.

²⁹ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 185, 16.8.1971, lk 5—14.

³⁰ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts. – EÜT L 13, 15.1.1977, lk 1—14.

³¹ Trepte (viide 21), lk 31.

³² Trepte (viide 21), lk 32.

Direktiiv 71/305/EEC reguleeris kõrvaldamise aluseid artiklis 23 ja direktiiv 77/62/EEC artiklis 20, mille kohaselt oli liikmesriikidel või nende hankijate õigus pakkuja hankemenetluselt kõrvaldada, kui ta oli pankrotis või sellesarnases seisundis, teda oli jõustunud kohtu otsusega karistatud ametialases süüteo, on olnud süüdi jämedas ametialases rikkumises (mida hankija suudab ükskõik millisel moel tõestada), ta ei olnud täitnud oma asukohamaa või hankija riigi sotsiaalkindlustusmaksete või maksude tasumise kohustust või oli eelnevalt nimetatud kõrvaldamise aluste kohta esitanud valeandmeid. Kõrvaldamise aluste puudumist tõendati vastavate asukohamaa ametiasutuste tõendite või näiteks ka pakkuja vandega. Seega keskendusid Euroopa Liidu esimesed riigihankealased direktiivid kõrvaldamise aluste osas sellele, et pakkuja ei oleks majanduslikes raskustes ja kohe turult kadumas, oleks aus ehk teisisõnu poleks kohtulikult karistatud ega valeta pakkumuse esitamisel, maksaks makse ja oleks ametialaselt professionaalne.

1980ndate keskpaigas vaadeldi kehtestatud direktiivide efektiivsust ning leiti, et direktiivid ei ole toonud loodetud efekti ning liikmesriigid on harmoniseerimisel ja uue halduspraktika kujundamisel olnud laisad. Uue tõuke regulatsioonide parandamiseks andis Ühtse Euroopa akt, mille alusel asuti riigihangete regulatsiooni uuendama ja laiendama³³. 1970ndatel vastu võetud direktiive parandati direktiividega 89/440/EEC³⁴ ja 88/295/EEC³⁵. Kuigi nimetatud muutmise direktiividega senikehtinud regulatsioone oluliselt täpsustati, ei sisaldanud need muudatusi või parandusi kõrvaldamise alustes.

1990ndad tõid endaga kaasa mitmeid riigihankealaseid direktiive, mis eelnevalt käsitletud direktiividega kehtestatud regulatsioone kaasajastasid, kuid kuna ükski neist ei muutnud 1970ndate direktiividest pärit kõrvaldamise aluseid sisuliselt, jätab magistritöö autor 1990ndate Euroopa Liidu riigihankealase seadusandluse edasise sisulise käsitleseta. Seega püsisid 1970ndatel sätestatud hankemenetlusest kõrvaldamise alused muutmatuna üle 30 aasta.

Nagu eelnevalt välja toodud, tõid 2004. aastal vastu võetud uued riigihankedirektiivid 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ kaasa ka muudatusi kõrvaldamise aluste sisus. Lisaks sellele, et muutusid üle 30 aasta muutumatuna püsinud sisulised eeldused kõrvaldamiseks, viidi uute

³³ Trepte (viide 21), lk 34.

³⁴ Council Directive 89/440/EEC of 18 July 1989 amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 210, 21.7.1989, lk 1—21.

³⁵ Council Directive 88/295/EEC of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC. – EÜT L 127, 20.5.1988, lk 1—14.

direktiividega teatud aluste osas sisse nende rakendamise kohustuslikkus liikmesriikide poolt. Kohustuslikke kõrvaldamise aluseid võib pidada vastuseks kasvavale murele seoses organiseeritud kuritegevuse tagajärgedega riigihangetel, mis õõnestab normaalset konkurentsi riigihangetel ning on rahapesu mehhanismiks³⁶. Erinevalt eelnevatest kõrvaldamise aluste vabatahtliku rakendamise režiimidest on viimase direktiiviga kehtestatud kohustuslike kõrvaldamise aluste eesmärk toetada korrupsioonivastast poliitikat Euroopa Liidu tasandil, nõudes kõikidelt liikmesriikidelt, et nad kõrvaldaksid riigihangetelt kõik pakkujad, kes on süüdi mõistetud direktiivis loetletud süütegudes. Traditsiooniliselt on liikmesriikidel olnud ühenduse riigihangete õiguse raamistikku piires vabadus rakendada erinevaid poliitikaid, sealhulgas võimalus võidelda kriminaalse ja korruptiivse käitumisega, jättes riigihangetelt kõrvale sellistes süütegudes süüdi tunnistatud pakkujaid.³⁷

Euroopa Liidu poolt kehtestatud kõrvaldamise aluste ajaloolise ülevaate alguses tõi magistritöö autor välja, et 1970ndatel jõustatud direktiivid ei püüelnud täiesti uute regulatsioonide kehtestamisele, vaid koondasid liikmesriikides endis seni kehtinud menetlusreegleid. Sellest tulenevalt võib huvipakkuvana esile tõsta näite Belgiast, kus juba 1947. aastal nõuti riigihangetel, et pakkujad oleksid Belgiast pärit, nad ei oleks politsei andmete kohaselt millegi eest karistatud ning neid ei oleks varasematelt riigihangetelt kõrvaldatud³⁸.

1.1.2. Kõrvaldamise aluste areng Eesti riigihankeõiguses

Eesti riigihangete õiguse juured ei ole mitte pärit 1990. aastate algusest, vaid ulatuvad tagasi aastasse 1935. Ülevaade Eesti riigihangete õiguse arengust ja kõrvaldamise aluste regulatsioonist esimese vabariigi ajal on toodud magistritöö lisas 1.

1993. aastal võttis Vabariigi Valitsus vastu määruse nr 120, mis reguleeris ehitustööde võistupakkumise korraldust³⁹. Kuigi tegemist on suhteliselt rustikaalse regulatsiooniga, sisaldas see ilmselt selle aja (majandus)keskkonnas vajalikku, tagamaks mõistlikult eeldataval määral maksumaksja raha turule suunamise läbipaistvust.

³⁶ Trepte (viide 21), lk 338.

³⁷ Williams, S. The mandatory exclusions for corruption in the new EC Procurement Directives. – European Law Review 2006/31, lk 712.

³⁸ Timmermans, W., Bruynickx, T. Selection and Award Criteria in Belgian Procurement Law. – Public Procurement Law Review 2009/3, lk 129.

³⁹ Ehitustööde võistupakkumise korraldamise kohta. Vabariigi Valitsuse määrus 26.04.1993 nr 120. – RT I 1993, 22, 360... RT I 1995, 40, 569.

Ehitustööde võistupakkumise määrus sätestas hankimiseks menetlusreeglid, mis küll erinevad tänapäevastest riigihankereeglitest, kuid siiski jagavad mõningaid ühisosi. Üheks selliseks on hankija õigus jätta pakkumus kõrvale. Määrus võimaldab hankijal pakkumuse kõrvale jätta seitsmel erineval alusel, kuid magistritöö teemat silmas pidades toob autor välja ühe aluse, mida võib tänapäevases riigihanke kontekstis pidada kõrvaldamise aluseks. Ehitustööde võistupakkumise määruse punkt 7.1. alapunkt 5 lubab hankijal kõrvale jätta pakkumuse, kui see on [esitatud] „firmalt, kelle tegevuse kohta on saanud lisainformatsiooni, mis ei luba tal pretendendina jätkata (pankrot, likvideerimine, valeinformatsiooni esitamine jms.)“.

Ehitustööde võistupakkumise määrusele lisandus 1993. aastal infotehnoloogiavahendite riigihangete kord⁴⁰, mille 1994. aastal vahetas välja sarnase nimega Vabariigi Valitsuse määrus⁴¹. Märkimisväärne on tähelepanu pöörata sellele, et esimest korda taasiseseisvunud Eesti õigusaktis kasutatakse terminit „riigihange“. Infotehnoloogiavahendite hankimise protseduur erines oluliselt tolaegsete ehitustööde hangete menetlustele esitatavatest nõuetest. Kui ehitustööde hankimine toimus üldiselt võistleva menetlusena, kus võisid osaleda kõik soovijad, siis infotehnoloogiavahendite riigihankel võis pakkumuse esitada vaid sertifitseeritud ettevõtja. Sisuliselt oli tegemist suletud süsteemiga, kus pakkujad pidid enne pakkumuse esitamist saada tarnesertifikaadi, mis tõendas pakkuja sobivust pakkumuse esitamiseks järgnevatel riigihangetel.

Kuigi menetlusreeglite poolest ei olnud infotehnoloogiavahendite hankimise menetlused võrreldavad sellega, mida mõistame tänapäeval riigihangete all, oli üheks pakkuja sertifitseerimise eelnõudeks see, et pakkuja maksukäitumine on korrektne⁴². Kui pakkuja ei vastanud sertifitseerimise eeltingimustele, oli sertifitseerimiskomisjonil õigus jätta pakkuja sertifitseerimata, mida võib tinglikult pidada kõrvaldamise alustega sarnaseks regulatsiooniks ja vabatahtlikuks kõrvaldamise aluseks, mille rakendamise osas oli hankijal kaalutusõigus.

1994. aasta *Juridica* sisaldab riigihanketeemalist artiklit, kus E. Ploom kommenteerib tolaegset õigusloomet, viidates kahele eelnevalt käsitletud määrusele, et „ka tänapäeva

⁴⁰ Infotehnoloogiavahendite riigihangete korra kohta. Vabariigi Valitsuse korraldus 23.07.1993 nr 439. – RT I 1993, 53, 748.

⁴¹ "Infotehnoloogiavahendite riigihangete korra" kinnitamine. Vabariigi Valitsuse 07.03.1994 määrus nr 75. – RT I 1994, 16, 291.

⁴² Vabariigi Valitsuse 07.03.1994 määruse nr 75 punkt 28: „Sertifitseerimisel hinnatakse ettevõtte majanduslikku usaldusväärsust (käive, maksudistsipliin, krediidisuhted jne), ettevõtte tegevuse kogemusi ja sidemeid nii Eestis kui mujal, tarne- ja tegevusgarantiisid ning tarnitava toodangu kvaliteedigarantiide olemasolu (kaubamärk, sertifikaadid, vastavus standarditele jne).“.

tingimustes on püütud korrastada mõnede tooteliikide hankimist⁴³. E. Ploom rõhutab samas kriitiliselt vajadust kohase õigusloome järele: „On tekkinud terav vajadus reguleerida seaduse tasemel riigihangete korda kõigi toodete ostmiseks, ehitiste rajamiseks, teenuste tellimiseks ja veoste vedamiseks eelarveliste vahendite arvel teatud tingimuste olemasolul.“. E. Ploomi kriitika ei jäänud seadusandjapoolse vastuseta ja taasiseseisvunud Eesti esimene riigihangete seadus võeti vastu 31. mail 1995. aastal, mis jõustus 1. jaanuaril 1996⁴⁴.

Nimetatud seaduses olid pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise alused reguleeritud §-ga 11 ja 12. Seadus ei eristanud tollel ajal pakkuja kvalifikatsiooni ning kõrvaldamise aluseid, mistõttu on nii kõrvaldamise kui ka pakkuja sisulise pädevuse ehk kvalifikatsiooni eeldused sätestatud ühe õigusnormiga (§ 11 lg 2). Otseselt kõrvaldamise aluseid puudutasid vaid kaks punkti. Pakkuja oli sobilik, kui pakkuja (§ 11 lg 2 punktid 2-3):

- 1) oli maksevõimeline, tema vara ei olnud sekvesteeritud, tema suhtes ei olnud algatatud likvideerimist, pankroti- ega kohtumenetlust;
- 2) oli täitnud kõik oma kohustused riiklike ja kohalike maksude ning saastekahju hüvitamise osas.

Eeltoodule tuginedes võib märkida, et seadusandja nõuded pakkujale olid väga üldsõnalised ning jätsid suure tõlgendamisruumi. Näiteks ei olnud seadusega täpsustatud, millise kohtumenetluse algatamine pakkuja suhtes võis viia pakkuja kõrvaldamiseni. Pakkujad võisid lisaks kriminaalmenetlustele olla kohtumenetlustega seotud ka läbi oma eraõiguslike kohustuste teiste partnerite eest, mis sellel hetkel kehtinud seaduse alusel oleks väga konservatiivse tõlgendamise juures võinud tähendada pakkuja kõrvaldamist hankemenetlusest.

Tähelepanu tuleb pöörata, et juba 1995. aastal pidas Eesti seadusandja oluliseks pakkuja ausust riiklike ja kohalike maksude tasumise osas. Lisaks riiklike ja kohalike maksude tasumise kontrollile nõuti ka saastekahju tasude hüvitamise tõendamist. Saastekahjude hüvitamise nõue on omane vaid 1995. aastal vastu võetud seadusele. Kõrvaldamise aluseid käsitleva sätte sõnastus ei anna aga aimu sellest, millise ajaperioodi hankija maksude kontrollimisel vaatluse alla võtab.

1995. aasta seaduse § 12 sätestas hankija õiguse kõrvaldada pakkuja pakkumiselt igal ajal, kui selgus, et esitatud andmed pakkuja kvalifikatsiooni kohta olid valed või ebatäpsed. Seadus

⁴³ Ploom, E. Riigihangete taastehtestamise vajalikkusest Eesti Vabariigis. – *Juridica* 1994/7, lk 166.

⁴⁴ Riigihangete seadus. – RT I 1995, 54, 883 ... RT I 1997, 9, 79.

aga ei täpsustanud konkreetse menetluse algus- ega lõpuaega. Sisuliselt ei määratlenud seadus, millises konkreetsetes ajavahemikus on hankijal õigus pakkuja kõrvaldada, sätestades üldsõnaliselt, et „kõrvaldada võib igal ajal pakkumiselt“. Sellest tulenevalt võis hankija kõrvaldada pakkuja ajal, mis talle sobis, kusjuures hankija ei olnud seotud ka näiteks tänapäeval tavapärase pakkujate võrdse kohtlemise või konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõttega, kuivõrd seadus ei näinud ette ühtegi riigihanke põhimõtet. Siiski viitavad üksikud sätted pigem põhimõtete (vaikivale) olemasolule kui nende puudumisele (näiteks § 11 lg 3, mis kohustab hankijat nõudma kõikidelt pakkujatelt dokumentide esitamist samas mahus).

Oluline on märkida, et § 12, mis ütleb, et hankijal on õigus pakkuja kõrvaldada, viitab sellele, et eeltoodud kõrvaldamise aluste näol ei olnud tegemist kohustuslike, vaid vabatahtlike kõrvaldamise alustega. Märkimisväärne on rõhutada seadusandja poolt hankijale antud avarat kaalutusõigust kõrvaldamisaluste sisustamisel ning kõrvaldamise või kõrvaldamata jätmise otsustamisel.

19. oktoobril 2000. aastal vastu võetud riigihangete seadusest⁴⁵ nähtub, et viie aasta jooksul on toimunud kõrvaldamise aluste osas oluline areng. Kui 1995. aasta seadus ei eristanud kvalifitseerimise aluseid kõrvaldamise alustest, paigutades need ühtlaselt pakkuja kvalifikatsiooni puudutavaks küsimuseks, siis 2000. aasta seadus eristab neid juba sisulisemal tasemel. 2000. aasta seaduses sätestatud kõrvaldamise aluste kataloog oli võrreldes eelneval seitsmel aastal kehtinud regulatsioonidega mahukam ja detailsem. 2000. aasta riigihangete seaduse § 35 sisaldub magistritöö lisas 2.

Pakkuja kõrvaldamise alused nähti seega ette §-ga 35, mis sätestas, et hankija „on kohustatud kõrvaldama pakkuja pakkumiselt igal ajal, kui selgub, et pakkuja on esitanud valeandmeid või võltsitud dokumente“. Kui 1995. aasta seadusele sai ette heita, et hankemenetluse algus ja lõpp ei olnud piiritletud, mis andis hankijatele (ehk liiga suure) kaalutusõiguse, siis 2000. aasta seaduses on hankemenetluse algus ja lõpp määratletud. § 8 lõige 1 sätestas, et hankemenetlus algas teate esitamisega registrile. Hankemenetluse lõppemise aluseid oli mitu, millest tavapäraseim ja rakendatuim hankelepingu sõlmimine. Seega piiritles seadus selgelt, millisel ajaperioodil on hankijal õigus pakkuja hankemenetluselt kõrvaldada.

⁴⁵ Riigihangete seadus. – RT I 2000, 84, 534 ... RT I 2005, 18, 105.

2000. aasta seaduse § 35 lõike 1 juures on oluline tähele panna, et pakkuja kõrvaldamine ei olnud enam sõltuv hankija kaalutusotsusest. Sätte sõnastus (hankija „on kohustatud kõrvaldama“) viitab selgelt sellele, et 2000. aasta seadusega kehtestatud kõrvaldamise alused olid kohustuslikud. Vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid ei sisaldanud tolleaegne seadus ühtegi. Eesti seadusandja oli seega jõudnud viie aastaga täpselt vastupidisele seisukohale: pakkuja usaldusväarsuse hindamine ei olnud enam hankija pädevuses, vaid seadusandja kehtestas sellele konkreetsed nõuded, jätmata hankijale õigust usaldusväarsuse hindamisel kaasa rääkida.

1995. ja 2000. aasta seaduste ühiseks jooneks on kõrvaldamise alus, mis käsitleb pakkuja maksukäitumist. Sarnane on ka see, et pakkuja ei tohtinud endiselt olla seotud pankroti- või likvideerimismenetlusega. Erinevalt 1995. aasta seadusest on 2000. aasta seaduses eraldi punktiga reguleeritud pakkuja seotus kohtumenetlustega. Kui 1995. aastal sätestas seadus üldiselt, et pakkuja ei tohi olla seotud ühegi kohtumenetlusega, siis 2000. aastal on seadusandja nimetatud eeldust oluliselt kitsendanud ning kõrvaldamise alusena käsitlenud vaid olukorda, kus pakkuja suhtes oli jõustunud kohtuotsus seoses riigihankelepingu nõuetekohase täitmata jätmisega⁴⁶.

2006. aastal menetles Riigikogu taas riigihangete seaduse eelnõud. Selle põhjuseks oli Eesti kui uue Euroopa Liidu liikmesriigi kohustus üle võtta 31. märtsil 2004 jõustunud Euroopa parlamendi ja nõukogu riigihangete direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. Pärast pikka menetlust Riigikogus jõustus seadus 1. mail 2007, millega sätestatud kõrvaldamise alused ei erinenud väga hetkel kehtivatest kõrvaldamise alustest, mida magistritöö autor käsitleb magistritöö punktis 1.3.2. Arvestades 2007. aastal jõustunud seaduse redaktsiooni ning hetkel kehtiva redaktsiooni suurt sarnasust kõrvaldamise aluste reguleerimisel, peatub magistritöö autor edaspidi vaid erinevustel.

1995. ja 2000. aasta riigihangete seaduse redaktsiooniga võrreldes paistavad 2007. aasta seaduses sätestatud kõrvaldamise alused silma täpsema sõnastusega, mille tõlgendusruum on oluliselt väiksem kui varasemate redaktsioonide puhul. Näiteks täpsustab 2007. aasta seaduse § 38 lg 1 punkt 1, milliste õigusrikkumiste eest ei tohi pakkuja või tema seaduslik esindaja

⁴⁶ Tänapäeval on hankijad soovinud, et oleks võimalik pakkujaid kõrvaldada seoses varasemate riigihankelepingute ebakohase täitmisega, kuid sellise aluse praktiline rakendamine on väga problemaatiline. Seda seetõttu, et riigihankelepingule eelnev menetlus on küll avalik-õiguslik, kuid lepingu sõlmimine ja selle täitmine allub eraõigusele. Seega tuleks riigihankelepingu mittenuetkohast täitmist tõendada läbi kohtu. Ühe poole (näiteks hankija) paljasõnaline avaldus, et tema hinnangul täideti seda ebakohaselt, kõrvaldamise faktiliseks aluseks olla ei saa.

omada kehtivat karistust. Enam ei leia seadusest üldsõnalist viidet pakkuja osalusele kohtumenetlustes: pakkuja kuulub hankemenetlusest kõrvaldamisele, kui tema kohta on jõustunud kohtuotsus kuritegeliku ühenduse organiseerimise või sinna kuulumise eest või riigihangete nõuete rikkumise või kelmuse või ametialaste või rahapesualaste süütegude toimepanemise eest. 2010. aastal lisandusid loetelusse ka maksualased süüteod.

Sarnaselt eelmiste seadustega peetakse ka 2007. aasta seadusega oluliseks, et pakkuja ei oleks hankemenetluse ajal pankrotis, likvideerimisel või seotud muu sarnase menetlusega. Seega on seadusandja nimetatud kõrvaldamise aluse osas olnud alates 1995. aastast samal seisukohal.

2007. aasta riigihangete seaduse üheks huvipakkuvamaks kõrvaldamise aluseks on sätestatud § 38 lg 1 punktis 4. Sätte kohaselt tuleb kõrvaldada pakkuja, kellel ei ole nõuetekohaselt täidetud õigusaktidest tulenevad riiklike maksude või hankija asukoha või enda elu- või asukoha kohalike maksude või sotsiaalkindlustuse maksete tasumise kohustused või kellel on olnud maksuvõlg viimase 12 kuu jooksul enne vastava tõendi esitamist hankijale kokku rohkem kui 30 päeva vältel. Huvipakkuvaks muudab kõrvaldamise aluse selles sätestatud viimane alternatiiv, mis nõudis, et pakkujal ei tohtinud viimase aasta jooksul olla maksuvõlgnevust rohkem kui 30 päeva vältel. Sõnastus viitab sellele, et kokku liideti kõik viimase 12 kuu jooksul maksude eest võlgu olemise päevad. Nimetatud kõrvaldamise alust muudeti seaduses siiski õige pea. Juba 2008. aasta 28. märtsil jõustus sama sätte järgmine redaktsioon, mis leevendas eelnevalt kehtinud redaktsiooni sõnastust oluliselt. Nüüdsest tuli kõrvaldada pakkuja, kelle õigusaktidest tulenevad riiklike maksude, tema elu- või asukoha kohalike maksude või sotsiaalkindlustuse maksete tasumise kohustused ei ole nõuetekohaselt täidetud. Seega tuli kõrvaldada pakkuja, kellel hankemenetluse ajal esines maksuvõlg ning sellest eelnevale perioodile seadus enam tähelepanu ei pööranud.

Kuigi seaduse sõnastus viitas sellele, et vaatluse all pidi olema terve hankemenetluse aeg (ehk aeg alates hanketeate avaldamisest kuni hankelepingu sõlmimiseni), selgitab Rahandusministeeriumi riigihangete juhis järgmist: „Pakkujal ei tohi olla maksude võlgnevust pakkumuse esitamise ajal.⁴⁷“ Seega oli sätte rakendamine mõeldud selliselt, et vaatluse all ei ole kogu hankemenetluse periood, vaid sisuliselt aeg pakkumuse esitamisest kuni hankelepingu sõlmimiseni. Praktikas võis see tähendada seda, et hankija jättis vaatlemata pakkujate maksukäitumise vähemalt 15-52 päeva ulatuses hankemenetluse tegelikust

⁴⁷ Karindi-Kask, E., Võsu, A., Laigna, T. Riigihangete juhis. Tallinn: Rahandusministeerium 2007, lk 66. – Arvutivõrgus: <http://www.fin.ee./index.php?id=76401> (15.03.2011).

kestusest või teatud juhtudel isegi pikema perioodi. Seaduse sõnastus kõrvaldamise aluste kontrollimise perioodi kohta läks lahku sellest, mida käsitleti ametliku soovitusena hankemenetluste läbiviimiseks.

1.2. Kõrvaldamise aluste eesmärgid

Kõrvaldamise aluste eesmärkide käsitletud õiguskirjanduses on põhijoontes jõudnud sarnastele järeldustele. S. Arrowsmith tõdeb⁴⁸, et direktiivi preambul avab napilt kõrvaldamise aluste institutsiooni eesmärgid ning peab kõrvaldamise aluste eesmärkideks:

- 1) avaliku raha kaitset ja teisi hankelepingu täitmisega kaasnevat avalikke huve;
- 2) korrupsiooni ja teiste majanduslikus elus lubamatute tegevuste ennetamist;
- 3) väärtuste avalikustamist ja edendamist;
- 4) ausa konkurentsi tagamist;
- 5) karistuslikku lähenemist (?).

Esimese eesmärgi selgituseks sõnab S. Arrowsmith, et kuna nii kohustuslikud kui ka vabatahtlikud kõrvaldamise alused on sätestatud direktiivi sellises jaos, mille peamine eesmärk on tagada pakkuja suutlikkus täita hankelepingut, võib väita, et kõrvaldamise aluste eesmärgiks on tagada seda, et hankijad ei astuks lepingusse ebausaldusväärse pakkujaga (kohustuslike kõrvaldamisaluste korral), ning võimaldada liikmesriikidel vältida ebausaldusväärseid pakkujaid, kui nad seda soovivad (vabatahtlike kõrvaldamisaluste korral)⁴⁹. Selline kõrvaldamise aluste sätestamise eesmärgi sõnastus ühtib magistr töö autori seisukohaga, et teatud aluste osas on nn pakkujate riskihinnang tehtud Euroopa Liidu tasemel ning aluste osas, mille täitumisel riskid on eeldatavalt väiksemad, on loodud liikmesriikidele/hankijatele võimalus vältida lepingute sõlmist. Sellest tulenevalt on kõrvaldamise aluseid võimalik vaadelda avaliku raha kaitsemehhanismina⁵⁰.

Väärtuste avalikustamise ja edendamise all peetakse silmas seda, et konkreetseid kõrvaldamise aluseid sätestades annavad Euroopa ja siseriiklikud seadusandjad märku sellest, milliseid väärtuseid nad oluliseks peavad. Lisaks eeltoodule võib kõrvaldamise aluste rakendamise eesmärgiks olla kultuuriliste muutuste esiletõstmine ühiskonna kui terviku suhtumises eelnimetatud väärtustesse. Väärtuste edendamise juures on oluline riigi enda

⁴⁸ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 270.

⁴⁹ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 271.

⁵⁰ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 271.

käitumine ehk teisisõnu eeskujuga ühiskonnale: pakkujat menetlusest kõrvaldades näitab riik, et teatavate õigusrikkumiste toimepanemine on taunitav. Riigihangete eeskujuga andvale rollile viitab otseselt ka direktiivi 2006/32⁵¹ preambuli punkt 7.⁵²

E. Piselli leiab, et hankija otsusel mitte teha tehinguid isikutega, kes on toime pannud õigusrikkumisi, võib olla mitmeid põhjuseid. Sarnaselt S. Arrowsmithiga peab ta üheks oluliseks kõrvaldamise aluste eesmärgiks moraalküsimuse käsitlemist: hankija võib eelistada tehingusse astumist ainult moraalselt usaldusväärsete pakkujatega ehk teisisõnu pakkujatega, kes on minevikus käitunud ja käituvad õiguskäitumisele⁵³. Huvitaval kombel viitab E. Piselli õiguskäitumise pakkujate valiku eriti suurele tähtsusele olukorras, kus „ohus on riigihankemenetluse kui sellise ausus⁵⁴“. Seega ületab kõrvaldamise aluste eesmärgi küsimus E. Piselli käsitluses kaugelt vaid maksumaksja raha ausa ja eesmärgipärase kasutuse kriteeriumi, seades kõrvaldamise aluste ülesandeks ka riigihankemenetluse kui protsessi aususe kandmise.

Siiski rõhutab ka E. Piselli, et maksumaksja raha peab olema kasutatud õigetest eesmärkidest. Ta küsib⁵⁵, kas võttes arvesse asjaolu, et maksumaksja on see, kes tasub ostetavate asjade, teenuste või ehitustööde eest, on aktsepteeritav ja sobilik, et maksumaksja raha eest tehakse tehinguid isikutega, kes on toime pannud tõsise kriminaalse õigusrikkumise? Vastus sellele küsimusele võiks sisalduda küsimuses, kas riigihanke eesmärgiks võiks olla kuritegevuse kas või kaudne rahastamine? Magistratöe autor on seisukohal, et kindlasti on vastus siinkohal eitav – riigihangete üldpõhimõtete piiresse selline järeldus ei mahu.

S. L. Schooner sedastab kõrvaldamise aluste rakendamise eesmärgid napilt ja selgelt:

- 1) kaitsta hankijat (kaudsemalt riiki ja maksumaksjat);
- 2) karistada pakkujaid;
- 3) säilitada avalikkuse usaldus (edastada rahvasaadikutele, meediale ja avalikkusele n-õ õige sõnum).

⁵¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2006/32/EÜ, 5. aprill 2006, mis käsitleb energia lõpptarbimise tõhusust ja energiateenuseid ning millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 93/76/EMÜ, lk 64–85. – ELT L 114, 27.4.2006. Preambula punkt nr 7: „/.../ Seetõttu peaks iga liikmesriigi avalik sektor andma head eeskujuga energiat tarbivate seadmete hoolduse, energiateenuste ja muude energiatõhususe meetmetega seotud investeeringute ja muude kulutuste suhtes. /.../“.

⁵² Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 273.

⁵³ Piselli (viide 13), lk 267.

⁵⁴ Piselli (viide 13), lk 267.

⁵⁵ Piselli (viide 13), lk 268.

Ta lisab, et kuna riigihangete rahastamiseks kasutatakse maksumaksja raha, siis tuleb kõige kõrgemale tõsta avalikkuse usaldust ning sellega seondult läbipaistvuse ja aususe põhimõtteid.⁵⁶ Kuigi S. L. Schooneri loodud kõrvaldamise aluste eesmärkide nimekiri on minimalistlik, võib asuda seisukohale, et see sisaldab samu tähelepanekuid ning rõhuasetusi, mis eelnevalt ilmned nii S. Arrowsmithi kui ka E. Piselli loetelus. Oluline on maksumaksja raha kaitse seeläbi, et hankelepinguid ei sõlmita isikutega, kes on toime pannud õigusrikkumisi.

Erinevalt eelnevalt nimetatud eesmärkidest toob S. Williams uue mõttearendusena välja teooria, et kõrvaldamise alused teenivad esmajärjekorras hoopis Euroopa Liidu korrupsioonivastast poliitikat. Euroopa Liidu huvi vähendada korrupsiooni riigihangetel tõusetub seetõttu, et korrupsioon tõkestab Euroopa Liidu riigihanke regulatsioonide eesmärke, kahandades konkurentsi riigihangetel ja muutes konkureerivad pakkumised „konkureerivaks korrupsiooniks“⁵⁷. S. Williams tõdeb, et Euroopa Liidu riigihangete turu avamisest arvates on Euroopa Liidu püüdluseks siseturu ühtlustamine – korrupsioonivastased meetmed riigihangetel peavad olema loodud selliselt, et need teeniks siseturu toimimise eesmärki.⁵⁸

S. Williams jagab kõrvaldamise alused kolme gruppi:

- 1) kõrvaldamise alused, mis võtavad arvesse mineviku õigus-, eetikanormide ja korrupsioonivastaste normide rikkumisi, mis ei pruugi olla seotud riigihangetega⁵⁹;
- 2) kõrvaldamise alused, mis jätavad kõrvale pakkuja konkreetsest riigihankest seoses selle menetluse reeglite rikkumisega;
- 3) kõrvaldamise alused, mille alusel on pakkujat võimalik välistada tuleviku riigihangetes seoses minevikus esinenud riigihangete rikkumisega.⁶⁰

S. Williamsi nägemuse kohaselt on kõrvaldamise aluste olemasolul kaks põhjendust. Esiteks toetavad üldised (ehk mitte riigihangetega seotud) kõrvaldamise alused valitsuste korrupsioonivastaseid poliitikaid ja on vaadeldavad valitsuste seisukohavõttudena, mis

⁵⁶ Schooner (viide 11), lk 217.

⁵⁷ Williams (viide 37) viitab edasi Morani jt uuringule „Debarment as an Anti-Corruption Means”, lk 714. – Arvutivõrgus: www.u4.no (30.03.2012).

⁵⁸ Williams (viide 37), lk 714.

⁵⁹ Williams (viide 37) viitab siinkohal Yukins, C. R. Suspension and Debarment: Re-thinking the Process. – Public Procurement Law Review 2004/5, lk 255-256.

⁶⁰ Williams (viide 37), lk 715.

annavad selgelt märku, et valitsus ei tolereeri korrupsiooni⁶¹, mõjudes samal ajal hoiatusena korrupsioonivastaste õigusaktide rikkumiste eest ja suurendades korrupsiooni majanduslikku kulu. Kõrvaldamine oleks samal ajal ka karistava iseloomuga, sest lisaks otseselt kahjulikule rahalisele kaotusele, mis saab osaks kõrvale jäetud pakkujale, kahjustab kõrvaldamine ka pakkuja firma reputatsiooni, mis omakorda mõjutab tema võimalusi teha äri teistes sektorites. Selline on kõrvaldamise aluse eelis korrupsioonivastase vahendina: pakkuja häbistamine toob kaasa raskema ja kauem kestva mõju, seda enam, kui kõrvaldamine avalikustatakse.⁶²

Teiseks, kõrvaldamise alused, mis on suunatud riigihankemenetluse kui protsessi aususe säilitamiseks, kaitsevad valitsust, tagades, et tehinguid tehakse vaid vastutustundlike pakkujatega, ning kaitsevad seeläbi ka maksumaksja raha, sest hankijatel on kohustus hoiduda tehingute tegemisest ebausaldusväärsete pakkujatega.⁶³

Eestis on kõrvaldamise aluste eesmärgi kirjapandult analüüsitud võrdlemisi vähe. 2007. aastal jõustunud riigihangete seaduse vastuvõtmise järel andis Rahandusministeerium välja riigihangete juhise⁶⁴. Nimetatud juhise avab lisaks napile selgitusele seletuskirjas 2007. aastal vastuvõetud seaduses sätestatud kõrvaldamise aluste olemust. Juhise toob välja, et „mõnikord on pakkuja isiklik olukord selline, et hankija on kohustatud ta hankemenetlusest kõrvaldama. Mõnikord on hankijal õigus otsustada, kas pakkuja menetlusse kaasata või menetlusest kõrvaldada, seda sõltuvalt rikkumise tõsidusest ja sellest, kas rikkumine võib mõjutada hankelepingu täitmist.⁶⁵“ Juhise sõnastusest järeldub, et kõrvaldamise aluste eesmärk on jätta juba hankemenetlusest kõrvale pakkujad, kelle poolt toimepandud õigusrikkumine on sedavõrd tõsine ning, nagu juhise välja toob, luua eeldused selleks, et pakkuja, kellega hankeleping sõlmitakse, oleks korrektne ning tema poolt hankelepingu täitmine ei oleks tõenäoliselt mõjutatud pakkuja õigusvastasest käitumisest. Pakkujate võrdse kohtlemise, tõhusa konkurentsi ja riigihanke läbipaistvuse põhimõtte järgimine aitavad kaasa nii riigihanke menetluse eesmärgi saavutamisele kui ka riigihangete korraldamise käigus hõlpsasti ilmnedava korrupsiooni tõkestamisele⁶⁶. Korrupsiooni tõkestamine on seeläbi kindlasti üheks kõrvaldamise aluste rakendamise eesmärgiks.

⁶¹ Williams (viide 37) viitab siinkohal edasi Schooner (viide 11), lk.216.

⁶² Williams (viide 37), lk 715.

⁶³ Williams (viide 37), lk 715.

⁶⁴ Karindi-Kask, Võsu, Laigna (viide 47).

⁶⁵ Karindi-Kask, Võsu, Laigna (viide 47), lk 64.

⁶⁶ Andresen, E. Riikliku järelevalve probleem riigihangete seaduses. – Riigikogu Toimetised 2002/5.

Kuigi kõrvaldamise aluste pinnalt on Eestis tekkinud veel suhteliselt tagasihoidlikul arvul kohtuvaidlusi, on kohus siiski ühel juhul sedastanud kitsalt ühe kõrvaldamise aluse eesmärgi: „riigihangete seaduse § 38 lg 1 p 4 [pakkuja kõrvaldamine hankmenetluselt maksuvõlgnevuste tõttu] eesmärk on tagada, et hankes osalevad isikud oleksid maksevõimelised ja jätkusuutlikud ning konkureeriks riigihankemenetluses võrdsetel alustel.“⁶⁷. Eelnevalt rahvusvahelise õiguskirjanduse pinnalt käsitletud direktiividest tulenevate kõrvaldamise aluste eesmärkide püstituste ja tõlgendustega võrreldes, on kohtu poolt sõnastatud eesmärgi näol tegemist väga abstraktse käsitlusega, mida on võimalik laiendada kogu riigihankemenetluse eesmärgile. Tunnustades kohtu poolt väljendatud eesmärki, viitab magistritöö autor siiski võimalusele siseriiklikult kehtestatud kõrvaldamise aluste eesmärgi oluliselt täpsemaks ja detailsemaks tõlgendamiseks.

Kõrvaldamise aluste eesmärgi alateema lõpetuseks pakub magistritöö autor välja enda nägemuse kõrvaldamise aluste eesmärkide kataloogist. Kõrvaldamise aluste eesmärgiks on:

- 1) kaitsta avalikku raha;
- 2) edendada väärtusi (nagu ausus riigi ja teiste partnerite vastu);
- 3) hoida avalikkuse ehk maksumaksja usaldust.

Avaliku raha kaitset tuleb siinkohal käsitleda laiendatult: vältida tuleb nii maksumaksja raha läbi riigihanke sattumist sellise pakkuja kätte, kes on korruptiivne, ebaaus maksumaksja või konkurent, kui ka hankija poolt menetlusprotsessile kulutatava aja ja seeläbi ka töötasudele jms kulutatava avaliku raha raiskamist. Väärtuste edendamist tuleb oluliseks pidada põhjusel, et seaduse kaudu sätestatakse käitumisstandard ja ootused, mille täitmist riigi poolt pakkujalt oodatakse. Selline käitumisstandard on aga käsitletav ausa ja riigihangetel oodatud ettevõtja kuvandina. Lisaks eeltoodule on oluline kaitsta ka maksumaksja usaldust, kes makse makstes õigustatult ootab ka selle sihipärasest ja efektiivset kasutamist ning mitte maksuvõlglaste toitmist või kuritegevuse edendamist. Magistritöö autor ei pea kõrvaldamise aluste eesmärgiks pakkujate karistamist, kuivõrd hankelepingute saamine ning riigihankemenetlustel osalemine on ausa ettevõtja õigus ja lisaboonus, mitte kohustus, mistõttu ei saa õiguse kasutamisest loobumist pidada pakkuja karistamiseks.

1.3. Kõrvaldamise alused ELi ja Eesti riigihangete õigusaktides

⁶⁷ Tallinna halduskohus 10.02.2010, nr 3-09-1844.

Kuna Euroopa Liidu riigihankedirektiivid joonduvad oma regulatsioonides Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepingu järgi, on magistritöö terviklikkuse huvides vajalik ka nimetatud lepingu kõrvaldamise aluste regulatsiooni kajastamine. Arvestades aga, et Maailma Kaubandusorganisatsiooni regulatsioon on liikmesriikide riigihangete regulatsioonidesse üle kantud läbi Euroopa Liidu direktiivide, lisab magistritöö autor Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepingus sisalduvate kõrvaldamise aluste ülevaate magistritöö lissasse 3.

1.3.1. Kõrvaldamise alused direktiivis 2004/18/EÜ

Direktiivi preambul käsitleb kõrvaldamise aluseid vaid ühes punktis (nr 43), sätestades järgmist: „Hoiduda tuleks riigihankelepingute sõlmimisest ettevõtjatega, kes on osalenud kuritegeliku organisatsiooni tegevuses või keda on süüdistatud korruptsioonis või Euroopa Liidu finantshuve kahjustavas kelmuses või rahapesus. Vajadusel peaksid ostjad nõudma kandidaatidelt või pakkujatelt asjakohaste dokumentide esitamist ning juhul, kui kandidaadi või pakkuja isiklik olukord tekitab neis kahtlusi, tegema koostööd asjaomase liikmesriigi kompetentsete asutustega. Kõnesolevad ettevõtjad tuleks välja arvata niipea, kui ostja saab teada õigusrikkumiste kohta siseriiklike õigusaktide kohaselt langetatud, *res judicata* jõu saanud kohtuotsusest. Kui siseriiklikes õigusaktides on vastavad sätted, võib selliste keskkonnakaitsealaste õigusaktide või riigihankelepingute valdkonnas sõlmitud ebaseaduslikke kokkuleppeid käsitlevate õigusaktide rikkumist, mille kohta on langetatud lõplik kohtuotsus või samaväärse mõjuga otsus, pidada asjaomase ettevõtja ametialaste käitumisreeglitega seotud süüteoks või raskeks eksimiseks ametialaste käitumisreeglite vastu.“.

Direktiivi artikkel 2004/18/EÜ artikkel 45 lõige 1 näeb kõikidele liikmesriikidele ette neli kohustuslikku pakkuja kõrvaldamise alust. Teisisõnu on direktiiviga hõlmatud neli eeldust, mille täitmisel ei ole hankelepingu sõlmimine pakkujaga ühelgi tingimusel lubatud. Sätte sõnastusest nähtub, et liikmesriikide hankijatel puudub kaalutusõigus direktiivis sätestatud aluste rakendamisel. Siiski jätab direktiiv võimaluse erisuste loomiseks liikmesriikide tasemel, öeldes, et möödapääsmatult vajalikes üldistes huvides võivad liikmesriigid sätestada erandi esimeses lõigus osutatud nõudest.

Liikmesriikide hankijad on igal juhul kohustatud hankemenetlusest kõrvaldama pakkuja, kelle suhtes on ostjale teadaolevalt langetatud lõplik kohtuotsus ühel või mitmel järgmisel põhjusel:

- 1) osalemine nõukogu ühismeetme 98/733/JSK artikli 2 lõikes 1 määratletud kuritegelikus organisatsioonis;
- 2) korrupsioon, nagu on vastavalt määratletud nõukogu 26. mai 1997. aasta akti artiklis 3 ja nõukogu ühismeetme 98/742/JSK (3) artikli 3 lõikes 1;
- 3) pettus Euroopa Liidu finantshuvide kaitse konventsiooni (4) artikli 1 tähenduses;
- 4) rahapesu nõukogu 10. juuni 1991. aasta direktiivi 91/308/EMÜ rahandussüsteemi rahapesu eesmärgil kasutamise vältimise kohta (5) artiklis 1 määratletud tähenduses.

Kui vaadata tagasi Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihanke lepingust seoses kõrvaldamise alustega tulenevatele kohustustele sellega liitunud riikidele, on näha, et Euroopa Liit on oma direktiivide kehtestamisel märgatavalt laiendanud kõrvaldamise aluste kataloogi. Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihanke lepingu artikkel 8 alalõige h märkis vaid, et pakkujaid on võimalik menetlusest kõrvaldada, jättes nende rakendamise küsimused lepingu osapoolte enda määrata. Euroopa Liit on siinjuures rangem, öeldes, et eeltoodud nelja aluse esinemisel on hankija igal juhul kohustatud pakkuja hankemenetlusest kõrvaldama. Märkida tuleb ka seda, et Euroopa Liit on oma kõrvaldamise aluste kataloogiga asetanud rõhu hoopis teiste väärtuste tagamisele, kui seda tegi Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihanke leping.

Lisaks nn kohustuslikele hankemenetlusest kõrvaldamise alustele sätestab artikkel 45 lõige 2 kõrvaldamise alused, mille rakendamine on vabatahtlik, seega iga liikmesriigi enda otsustada, kas nimetatud alus lugeda siseriiklikult oluliseks ja harmoneerida või mitte. Artikli 45 sõnastus on leitav magistriröö lisas 4.

Oluline on märkida, et nn vabatahtlike kõrvaldamise aluste juures ei ole liikmesriikidele sarnaselt esimeses lõikes nimetatud alustele jäetud võimalust möödapääsmatult vajalikes üldistes huvides sätestada erandeid teises lõigus osundatud alustest. Sellest järeldub, et nn vabatahtlikud kõrvaldamise alused on direktiivis ammendavalt reguleeritud ning liikmesriikidel puudub õigus neid oma vajadust või soove mööda täiendada. Vabatahtlike kõrvaldamise aluste kataloogi ammendavusele viitab ka Euroopa Kohtu senine tõlgenduspraktika⁶⁸. Küllaga on liikmesriikide pädevusse jäetud kõrvaldamise aluste rakendamise küsimused (artikli 45 lõike 2 viimane lause).

⁶⁸ Euroopa Kohus 10.02.1982, nr 76/81, *SA Transporoute et travaux vs Minister of Public Works*, p 15.
Euroopa Kohus 17.09.1993, nr C-71/92, *Komisjon vs Hispaania*, p 45.
Euroopa Kohus 09.02.2006, nr C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina vs Ministero della Difesa*, p 22.

Direktiivis sätestatud kohustuslikke ning vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid võrreldes võib öelda, et Euroopa Liidu tasemel on otsustatud, milliste pakkujatega lepingute sõlmimine on igal juhul välistatud. Teisisõnu, milline pakkuja ei vääri mitte mingil juhul privileegi täita lepingut hankija ehk riigi heaks ja saada tasuks maksumaksja raha. Nagu eelnevalt välja toodud, hinnatakse kõige riskantsemaks pakkujaid, kes on kohtuotsusega süüdimõistetud, näiteks rahapesus või kuritegeliku ühenduse organiseerimise või sinna kuulumise eest (lisaks teised artikkel 45 lõikes 1 nimetatud alused). Vabatahtlike kõrvaldamise aluste puhul on riski hindamine jäetud liikmesriigi või juba hankija otsustada.

Direktiivi sõnastus jätab aga lahtiseks küsimuse, kas artikli 45 lõikes 1 nimetatud õigusrikkumiste toimepanija tuleb igaveseks riigihangetelt kõrvaldada või lähtutakse sellest, et pakkuja on võimeline tehtud eksimusest õppima ning karistuse kustudes taas osalema hangetel. Direktiiv sätestab, et „hankelepingu sõlmimise menetluses osalemisest jäetakse välja kõik kandidaadid või pakkujad, kelle suhtes on ostjale teadaolevalt langetatud lõplik kohtuotsus ühel või mitmel järgmisel põhjusel /.../“⁶⁹. Kohustuslike kõrvaldamise aluste selliselt sõnastatud sissejuhatav lauseosa viitab justkui asjaolule, et olenemata sellest, kas karistus on kehtiv või kustunud, piisab pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamiseks vaid karistuse fakti tuvastamisest („kelle suhtes on ostjale teadaolevalt langetatud lõplik kohtuotsus“). Mõningast leevendust toob sama lõike viimane lause, mille kohaselt on kohustuslike kõrvaldamisaluste rakendustingimused liikmesriigi pädevuses. Seega on liikmesriikidel nimetatud volituse kaudu võimalik määratleda pakkujate saatus – pakkuja kõrvaldatakse karistuse kehtivuse ajaks või n-ö igaveseks.

Tähelepanuta ei saa aga jätta sellesama rakendustingimuste õiguse direktiivist tulenevat täpsustust. Liikmesriik on kohustatud kohustuslike kõrvaldamisaluste rakendustingimused määrama „kooskõlas oma siseriikliku õigusega ja ühenduse õigust arvesse võttes“⁶⁹. Täpsustuse olulisus võib seisneda selles, et ELi riigihankeõigusega peetakse väga oluliseks avatust konkurentsile, pakkujate võrdset kohtlemist ning olemasoleva konkurentsi efektiivset ärakasutamist⁶⁹. Seega võib asuda seisukohale, et pakkujate n-ö igavene hankemenetlustelt kõrvaldamine ei ole proportsionaalne.

⁶⁹ Vt näiteks direktiiv 2004/18/EÜ preambuli punktid nr 2, 4, 8, 12, 29 jt.

Kohustuslike kõrvaldamisaluste sõnastus direktiivis jätab lahtiseks ka küsimuse, kas karistatud peab olema pakkujat kui juriidilist isikut või hõlmab kõrvaldamise kohustus ka pakkuja seaduslikku esindajat, näiteks juhatuse liiget. Sama tähelepaneku teeb ka S. Williams, märkides, et direktiiv jätab põhjendamatult defineerimata mõiste „pakkuja“, mis omakorda külvab segadust olukorras, kus pakkuja kasutab alltöövõtjat ehk teisisõnu hankija jaoks justkui all-pakkujat. S. Williams toob samas näiteks USA, kus kõrvaldamine puudutab nii pakkuja tütar-, sõsar- kui ka emaettevõtteid. Sarnaselt eeltoodule on Maailmapank mõistnud, et ettevõtjad taasloovad end, et vältida karistusi ja tuvastamist, ning kõrvaldab seetõttu riigihankelt nii pakkuja enda kui ka kõik füüsilised ja juriidilised isikud, kes omavad enamust kõrvaldatud pakkuja ettevõttes, või ettevõtte, keda kõrvaldatud pakkuja kontrollib ja seda seni, kuni kõrvaldamise alus on jõus (et vältida pakkuja kõrvaldamise alusest mööda hiilimist läbi tütarettevõtete loomise).⁷⁰

P. Trepte on esitanud artikkel 45 lõike 1 osas kriitika⁷¹, mis puudutab asjaolu, et hankija saab pakkuja kohustuslike kõrvaldamise alusel kõrvaldada vaid juhul, kui ta on teadlik pakkujal esinevatest puudustest. P. Trepte viitab, et asjaolude selgitamiseks on hankijal võimalik nõuda pakkuja kinnitust kõrvaldamise aluste puudumise kohta ning selleks, et hankija saaks teha järelepärimisi pädevatele asutustele kontrollimaks pakkuja esitatud informatsiooni, peab tal tekkima kahtlus. Järelikult, kui hankijal ei teki esitatud dokumentide pinnalt kahtlust, et pakkujal võivad esineda kõrvaldamise alused, ei tee hankija ka vastavaid järelepärimisi ning pakkuja osaleb edasises hankemenetluses. Trepte'i kriitikaga tuleb nõustuda, eriti arvestades direktiivis sisalduvat pakkuja võimalust asendada pädeva asutuse tõend kõrvaldamise aluste puudumise kohta pakkuja enda vande või tõotusega⁷², juhul kui pakkuja asukohamaa pädev asutus vajalikke tõendeid ei väljasta.

Võrdluseks siingi asjaolu, et Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihanke leping mainis vaid kahte kõrvaldamise alust (pankrot ja valeandmete esitamine), millest kumbki ei mahu direktiivis kohustuslike kõrvaldamise aluste hulka. Seega see, mida peetakse Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihanke tasemel oluliseks ära märkida, on Euroopa Liidu riigihankeõiguses jäänud mõnevõrra rohkem tahaplaanile. Pankrott või selle-eelne seisund on direktiiviga jäetud vabatahtlikuks kõrvaldamise aluseks ning liikmesriikide otsustada, kuidas seda alust rakendada. S. Williams viitab Euroopa Komisjoni seisukohale direktiivide teksti

⁷⁰ Williams (viide 37), lk 721.

⁷¹ Trepte (viide 21), lk 339.

⁷² Artikkel 45 lg 3.

menetlemise ajal, milles Komisjon avaldab arvamust, et nõudes ajatatud võlgadega pakkujate kohustuslikku kõrvaldamist pankroti või selle-eelse seisundi tõttu viiks pakkujate süstemaatilise kõrvaldamiseni ja aitab kaasa nende pankrotistumisele⁷³. Esiteks saab siit välja lugeda seda, et komisjoni mõtte, jättes pakkujate pankroti või selle-eelse seisundi vabatahtlike kõrvaldamise aluste sekka, võis seisneda soovis aidata erinevatel põhjustel raskustesse sattunud ettevõtjaid ning soovis vältida võla-ahela teket olukorras, kus riigihankelepingu täitmine võib pakkujate jaoks taas jalule aidata. Kui pakkujate, kellel on näiteks ajatatud võlg riigi või ka mõne muu võlausaldaja ees, võidab riigihanke, saab ta selletõttu endale võetud rahalised kohustused ka täita. Siiski ei saa mööda vaadata sellest, et samal ajal, kui püütakse aidata hädasolevat ettevõtjat läbi riigihangete, omab pankroti kahtlusega pakkujate hankijale riigihankelepingu täitmisel suurt riski. Kuigi riigihankelepingu täitmisest saadav tulu võib elavdada tema käivet ja parandada tema olukorda, võib just tema pankrotieelne seisund takistada hankelepingu kohast täitmist (näiteks keelduvad pakkujate tarnijad võlgade tõttu materjale tarnimast, töötajad palgavõlgnevuste tõttu töötamast jne). Seega võib pankrotieelse seisundi tõttu kõrvaldamata jäetud pakkujate tähendada hankijale nii väga suurt ajakulu kui ka rahalist kulu. Kuigi arusaadavalt on riigihanked heaks mehhanismiks majandustegevuse elavdamisel, tuleb küsida, kus asub tasakaalupunkt valitsuse poliitikate ja riigihanke enda eesmärkide saavutamise vahel.

1.3.2. Kõrvaldamise alused riigihangete seaduses

Kehtiv riigihangete seadus järgib direktiivi 2004/18/EÜ artiklis 45 sätestatud jaotust, jagades kõrvaldamise alused kohustuslikeks ning vabatahtlikeks kõrvaldamise alusteks. Kohustuslikud kõrvaldamise alused on leitavad seaduse § 38 lõikest 1 ning vabatahtlikud kõrvaldamise alused asuvad sama sätte lõikes 2. Hetkel kehtiva riigihangete seaduse § 38 sõnastus on lisatud magistratöö lisasse 5.

Riigihangete seaduse § 38 sisaldab kuut kohustuslikku hankemenetlusest kõrvaldamise alust. Meenutuseks siinkohal, et direktiiv nägi ette neli kohustuslikku kõrvaldamise alust, mis sisu poolest on riigihangete seaduses koondatud ühte punkti (§ 38 lg 1 p 1). Eeltoodust tuleneb, et Eesti seadusandja on lisaks direktiivis sätestatud kohustuslikele kõrvaldamise alustele teinud valiku ka direktiiviga sätestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluste seast ning liigitanud need siseriiklikult kohustuslike kõrvaldamise aluste hulka (§ 38 lg 2-4 ja 6).

⁷³ Williams (viide 37), lk 718.

Vabatahtlike kõrvaldamise alustena on Eesti hankijal kasutada neli alust. Hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja (§ 38 lg 2):

- 1) kelle suhtes või kelle esindaja suhtes on kutse- või ametiliidu aukohtu otsusega või muul sellesarnasel alusel tõendatud raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu;
- 2) kes on jätnud hankija poolt pakkuja või taotleja hankemenetluses kõrvaldamise aluste puudumise kohta nõutud andmed või dokumendid esitamata, kui need andmed või dokumendid ei ole hankijale oluliste kulutusteta andmekogus olevate avalike andmete põhjal kättesaadavad;
- 3) kes on jätnud hankija teavitamata käesoleva paragrahvi lõikes 1 nimetatud asjaolude (kohustuslikud kõrvaldamise alused) olulisest muutumisest;
- 4) kelle pakkumuse koostamisel on osalenud isik, kes on osalenud sama riigihanke hankedokumentide koostamisel või kes on muul viisil hankijaga seotud ja sellele isikule seetõttu teadaolev info annab talle eelise teiste pakkujate ees.

Sisuliselt on Eesti seadusandja suurema osa direktiivist tulenevaid vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid viinud kohustuslike kõrvaldamise aluste hulka, jättes vabatahtlikuks vaid ühe direktiivis nimetatud vabatahtlikest kõrvaldamise alustest. See on direktiivi artikkel 45 lõike 2 punktis d sätestatud alus, mis vastab sisult riigihangete seaduse § 38 lõike 2 punktis 1 sätestatud alusele (kutse- või ametiliidu aukohtu otsusega või muul sellesarnasel alusel tõendatud raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu).

Arvestades seadusandja poolt tehtud konservatiivset valikut kõrvaldamise aluste suhtes, tõstatub küsimus motiivide osas, mille alusel pidas Eesti seadusandja oluliseks määratleda direktiivist tulenevaid vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid kohustuslikena. Kahjuks jätab 2007. aasta 1. mail jõustunud riigihangete seaduse seletuskiri nimetatud küsimusele vastamata, sedastades vaid, et kõrvaldamise aluste näol on tegemist alustega, mille esinemise korral ei ole mõeldav hankelepingu kaudu avalike vahendite usaldamine selliste isikute kästusse⁷⁴. Sellest tulenevalt võiks järeldada, et Eesti seadusandja usaldus pakkujate vastu on oluliselt madalam kui Euroopa Liidu usaldus pakkujate vastu. Lisaks võib siinkohal teoretiseerida seadusandja võimaliku eeskuju andva rolli kehtestamise soovi või vajaduse üle. Siiski puuduvad seletuskirjas viimatimainitu kohta konkreetsed märked.

⁷⁴ Riigihangete seaduse eelnõu 816SE seletuskiri. – Arvutivõrgus: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=060180002 (02.04.2012).

Huvitav on märkida, et seadusandja on sidunud pakkujate nii kohustusliku kui ka vabatahtliku kõrvaldamise hankemenetluse kestusega. Seega, lähtudes seaduse §-s 29 sätestatud hankemenetluse algamise ning lõppemise alustest, on kohustuslik või võimalik pakkuja kõrvaldada ajavahemikul, mis jääb hanketeate avaldamise ning hankelepingu sõlmimise vahele. Vaidlustuskomisjon on sedastanud järgmist: „riigihangete seadus ei sätesta täpset aega, millal hankija peaks kõrvaldama hankemenetlusest § 38 lg 1 ja 2 alusel kõrvaldamisele kuuluva(d) pakkuja(d) (§ 38 lg 1 sissejuhatava lauseosa kohaselt võib hankija seda teha *mis tahes ajal*), kuid menetlusökonoomikast lähtudes tuleb lugeda mõistlikuks käitumiseks seda, kui hankija kõrvaldab pakkuja hankemenetlusest kohe, kui talle saavad teatavaks kõrvaldamise aluseks olevad asjaolud.“⁷⁵. Arusaamatult on vaidlustuskomisjonile tema varasemas praktikas jäänud märkamatuks seaduses toodud viide hankemenetlusele kui kehtivale ajapiirile. Selle vea on vaidlustuskomisjon parandanud hilisemates otsustes, märkides õigesti, et „tulenevalt [seaduse § 38 lõike 1 sissejuhatava lauseosa] sõnastusest tuleb pakkuja kõrvaldada hankemenetlusest *mis tahes ajal*. Õige on käsitada normi rakendusalaselt kuuluvana kogu ajalise perioodi, mille vältel pakkuja on hankijaga õigusühenduses läbi hankemenetluses osalemise.“⁷⁶.

1.4. *Self-cleaning*’u teooria ehk võimalik erand kohustuslikest kõrvaldamise alustest

Nagu eelnevalt välja toodud, jagunevad kõrvaldamise alused nii direktiivis kui ka Eesti riigihangete seaduses vabatahtlikeks ja kohustuslikeks. Kui vabatahtlike kõrvaldamise aluste puhul on juba nimest selge, et neist on võimalik teatud tingimusel ka pääseda ehk hankija reaktsioon pakkuja ebatäiuslikkusele ei pruugi vältimatult olla kohene kõrvaldamine, siis kohustuslik kõrvaldamise aluse rakendamine on kohustuslik. Kohustuslike kõrvaldamise aluseid tuleb igakordselt ja muid asjaolusid kaalumata rakendada ning pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada. Ilmselt seetõttu, on uusimas riigihankealases õiguskirjanduses on peamiselt Saksa, Austria ja Itaalia riigihankeõiguse pinnalt⁷⁷ pakutud välja erinevaid võimalusi, mil pakkujal on küll kõrvaldamise alused täidetud (näiteks on pakkuja mõistetud süüdi rahapesualases kuriteos), kuid teatud eranditele tuginedes oleks võimalik pakkuja siiski menetlusse jätta. Pakkuja maine parandamine (inglise keeles *self-cleaning*, saksa keeles

⁷⁵ Riigihangete vaidlustuskomisjon 29.05.2008, nr 48-08/104196.

⁷⁶ Riigihangete vaidlustuskomisjoni 14.04.2009, nr 44-09/108861.

Riigihangete vaidlustuskomisjoni 04.06.2009, nr 103-09/108255.

Riigihangete vaidlustuskomisjoni 07.12.2009, nr 252-09/114017.

⁷⁷ Schramm, J., Aicher, J., Fruhmann, M., Thienel, R. Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar. Wien: Springer 2005, lk 739 ja 742.

Selbstreinigung või *Besserungschance*) tugineb ideele, et kuigi pakkujal on täidetud direktiivist ja seadusest tulenevad kohustuslikud hankemenetluselt kõrvaldamise alused, võib hankija jätta pakkuja kõrvaldamata, kui ta suudab näidata, et on võtnud kasutusele efektiivsed meetmed, mis välistavad, et kõrvaldamise alused tulevikus enam ei täitu.

Põhjus, miks selline mõttevool on tekkinud, seisneb asjaolus, et majanduskriisi tingimustes on riik turul üks suurimaid lepingupartnereid. Seega tunnevad kõikides majandusharudes tegutsevad pakkujad elavat huvi riigihankemenetluste vastu. Üldprintsipiina on kõikidel pakkujatel võimalik hankemenetlustest osa võtta, kui neil just ei esine kõrvaldamise aluseid.⁷⁸ Seega seisab pakkuja *self-cleaning*'u idee hea selle eest, et võimalikult suurel hulgal pakkujatel oleks võimalik osaleda hankemenetlustes ning pakkuda konkurentsi, mis ühest küljest teenib majanduse elavdamise huve, kuid teisalt pakub hankijale suuremat võimalust valida, mida ja kellelt osta.

Õiguskirjanduses on lisaks eelnevale väljendatud, et pakkuja maine parandamine võimaldab lihtsustatud lähenemist pakkujatele, kes on minevikus toime pannud mõne raske rikkumise ning on nüüd valmis nn *self-cleaning*'u menetluse läbiviimiseks. Siinjuures on aga oluline, et *self-cleaning*'u menetlus viidaks läbi hankemenetluse kestel.⁷⁹

Pakkuja maine parandamine kõrvaldamata jätmise eeldusena hõlmab vähemalt nelja aspekti:

- 1) oluliste asjaolude ja faktide selgitamine;
- 2) põhjustatud kahjude hüvitamine;
- 3) personali puudutavad abinõud;
- 4) struktuurilised ja organisatsioonilised abinõud.⁸⁰

Oluliste asjaolude ja faktide selgitamise faasis eeldatakse pakkuja aktiivset koostööd selgitamiseks välja õigusrikkumise toimepanemise eest vastutavaid isikuid kiiremail võimalikul viisil. Oluliste asjaolude ja faktide väljaselgitamine on vajalik selleks, et tagada kasutatavate maine parandamise meetmete sobivus ning kõikehõlmavus. Ilma asjaolusid ja fakte selgitamata on oht, et kasutatavad maine parandamise meetmed ei ole kooskõlas faktiliste asjaoludega ning seeläbi osutuvad enamikul juhtudel ebausutavateks ning tõenäoliselt vähe

⁷⁸ Ohrtmann, N. *Self-Cleaning in Public Procurement Law*. – *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* 2010/4, lk 228.

⁷⁹ Prieß, H.-J., Stein, M.R., *Nicht nur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung*. – *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* 2008/4, lk 230.

⁸⁰ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 259-261.

efektiivseteks kõrvaldamaks õigusrikkumise esialgset olustikku. Oluliste asjaolude ja faktiliste asjaolude väljaselgitamisel on kasutatud erinevaid spetsiifilisi auditeid, mida viivad läbi eraldiseisvad sertifitseeritud audiitorid. Sellisel juhul eeldatakse pakkujapoolset koostööd nii auditeeriva asutuse kui ka hankijaga.⁸¹

Kui pakkuja on edukalt läbinud oluliste asjaolude ja faktide selgitamise faasi, esitades hästipõhjendatud esialgseid seisukohti, nõutakse pakkujalt, et ta hüvitaks õigusrikkumisega toimepandud rahalise kahju, kui see on tekkinud. Kahjude hüvitamine võib selles faasis toimuda ka selliselt, et pakkuja tunnustab õiguslikult siduval viisil kahju hüvitamise kohustust, määrates kindlaks kahju suuruse.⁸²

Lisaks eespool viidatud meetmetele eeldatakse pakkujalt asjakohaste personali puudutavate abinõude rakendamist. Seda loetakse õiguskirjanduse kohaselt pakkuja maine parandamise fundamentaalseks osaks, kuigi selle rakendamist peetakse kõige keerulisemaks. Nimetatud abinõude all peetakse silmas kohest ja laialdast suhete lõpetamist aktsionäride, juhtiv- ja palgatöötajatega. Sealjuures peab pakkuja aga tagama, et suhete lõpetamised oleksid kooskõlas tööõiguslaste õigusaktidega. Aktsionäride puhul peetakse oluliseks, et neil puuduksid pärast suhete lõpetamist võimalused pakkuja juhtkonna jätkuvaks mõjutamiseks.⁸³

Üldiselt peavad hankijad maine parandamise meetmeid piisavaiks, kui pakkuja on rakendanud nii struktuurilisi kui ka organisatsioonilisi abinõusid, vältimaks pakkuja või tema seadusliku esindaja poolseid õigusrikkumisi tulevikus. Nimetatud kohustus eeldab pakkuja poolt laiahaardeliste preventiivsete abinõude kasutuselevõttu. Abinõude puhul võib olla tegemist nii pakkujasiseste kriminaal-, konkurentsi- ja riigihankeõigust puudutavate koolitustega töötajatele kui ka pakkujasiseste juhendite/reeglite kehtestamisega, ennetamaks kõrvaldamise aluseks olevaid õigusrikkumisi. Juhendid/reeglid peaksid sisaldama ka sanktsioone reeglitest üleastumiste korral ning need võivad sätestada korrektse käitumise standardi korruptsioonialtude olukordade suhtes, nagu näiteks äripartneritele kinkide tegemine.⁸⁴

Organisatsioonilised abinõud võivad seisneda ka topeltkontrolli süsteemi loomises ning, kuigi see võib olla kallis ja põhjustada olulist eriteadmiste kadu, perioodilise rotatsioonisüsteemi loomises nendes pakkuja üksustes, mis on eriti altid korruptsiooniohtlikele olukordadele.

⁸¹ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 259-261.

⁸² Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 259-261.

⁸³ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 259-261.

⁸⁴ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 259-261.

Lisaks võib olla kohaseks organisatsiooniliseks abinõuks juhtkonna ja tugiosakondade eraldamine läbi õiguslike üksuste. Teised preventiivsed meetmed võivad hõlmata pakkujasisest või -välist järelevalvajat ja/või informaatorite kontaktisikuks olevat usaldusisikut, kooskõlastava osakonna loomine, kelle ülesandeks on järelevalve teostamine pakkuja hankemenetlustel osalemise strateegiate üle jne. Näiteks on suuremad organisatsioonid loonud eraldi ametikoha, mille eesmärgiks on pakkuda asutuse töötajatele usaldusisiku funktsiooni korrupsiooni küsimustes ning mille kaudu tagatakse asutusesisene eetikareeglistiku rakendamine⁸⁵.

S. Arrowsmith, H.-J. Prieß ja P. Friton jõuavad lõppkokkuvõttes järeldusele, et liikmesriikide hankijad ei tohi mingil tingimusel pakkujaid hankemenetlusest kõrvaldada, kui neil on täidetud mõni kohustuslik kõrvaldamise alus ja nad on edukalt läbinud *self-cleaning*'u menetluse⁸⁶. Artikli autorid põhjendavad oma järeldust proportsionaalsuse põhimõtte rikkumisega, kuna juhul, kui pakkuja on end rehabiliteerinud, on kõrvaldamise aluste eesmärgid tegelikkuses saavutatud. Artikli autorid viitavad ka Euroopa Liidu lepingu fundamentaalsetele aluspõhimõtetele nagu efektiivse siseturu loomine, mis rajaneks moonutusteta konkurentsil ja võrdsel kohtlemisel⁸⁷. Viimase argumendina toovad artikli autorid välja kohtujurist Poiares Maduro arvamuse, mille kohaselt on rikutud direktiivi eesmärki edendada efektiivset konkurentsi, kui siseriikliku õigusega lisatud kõrvaldamise säte on määratletud nii, et see hõlmab liiga suure hulga potentsiaalseid pakkujaid võrreldes sellega, mis oleks vajalik pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks⁸⁸.

Eelnevalt esitatud argumentatsiooniga ei ole võimalik siiski lõpuni nõustuda. Nagu magistritöös eelnevalt välja toodud, on hetkel kehtivad direktiivid esimesed kogu ELi riigihanke ajaloos, mis sätestavad kõrvaldamise alused kohustuslikena. Seda on põhjendatud ELi tasandil oleva murega seoses organiseeritud kuritegevuse tagajärgedega riigihangetel, mis õõnestavad normaalset konkurentsi riigihangetel ning on rahapesu mehhanismiks⁸⁹. Seetõttu tuleb näha vastuolu eelnevalt käsitletud tungiva seisukoha, et kõrvaldamisel tuleb igal juhul arvesse võtta pakkuja *self-cleaning*'u menetlust, ja direktiivi eesmärgi vahel seoses kõrvaldamise alustega. Juhul kui käsitleda eelnevalt kõlanud seisukohta tõesena, jõutakse

⁸⁵ Ohrtman, N. Korruption im Vergaberecht. Konsequenzen und Prävention. Teil 2: Konsequenzen und Selbstreinigung. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2007/5, lk 278.

⁸⁶ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 278.

⁸⁷ Arrowsmith, Prieß, Friton (viide 14), lk 277-278.

⁸⁸ Euroopa Kohus, 08.10.2008, nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniki Symvoulio Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*, kohtujurist Poiares Maduro ettepanek, p 34.

⁸⁹ Trepte (viide 21), lk 338.

kõrvaldamise aluste regulatsiooni osas tagasi täpselt samasse olukorda, kus oldi enne hetkel kehtivate direktiivide jõustamist. Teisisõnu taastatakse *status quo*, kus pakkujate kõrvaldamine hankemenetluselt on liikmesriikide ja nende hankijate diskretsiooniotsus. Ometigi on ELi tasandil peetud oluliseks ja vajalikuks kohustuslike kõrvaldamise aluste sätestamist.

Self-cleaning'u käsitlus on sisuliselt senise kõrvaldamise aluste vabatahtliku rakendamise regulatsiooni teooria, mida on muutunud regulatsioonide tõttu võimatu üks-ühele üle kanda uutest direktiividest tulenevale kohustusele pakkujad teatud aluste täitumisel kõrvaldada.

Nõustuda ei ole võimalik ka arvamusega, et kõrvaldamise aluste direktiivi kohane rakendamine kahjustaks direktiivi teisi eesmärke, nagu pakkujate võrdne kohtlemine, efektiivse konkurentsi tagamine ning läbipaistvus. Tuleb mõnda, et kõrvaldamise aluste rakendamine võib nimetatud riigihangete üldisi põhimõtteid riivata, kuid ei ole võimalik rääkida nende kahjustamisest. Seda seetõttu, et direktiivi regulatsiooni endaga on teatud pakkujatega hankelepingu sõlmimise keelamine tõstetud kõrgemale kui nimetatud aluspõhimõtted. Järelikult on direktiivi sõnastamisel ning vastuvõtmisel arvestatud võimaliku põhimõtete riivega, mis siiski ei ole õiguslooja jaoks üles kaalunud regulatsiooniga taotletavat eesmärki: kõrvaldada teatud tunnustega pakkujad igal juhul hankemenetluselt. Märkida tuleb sedagi, et viidatud kohtujuristi ettepanek on tehtud kohtuasjas, mida menetleti veel vana riigihangete direktiivi 93/37/EMÜ⁹⁰ pinnalt, mil ELi poolt kohustuslikus korras rakendatavaid kõrvaldamise aluseid sätestatud veel polnudki. Seetõttu ei ole võimalik kohtujuristi ettepanekus olevat arvamust käsitleda lõpuni sobiva argumentina, mis igal juhul kohustaks hankijaid *self-cleaning*'u menetluse läbinud pakkujaid mitte kõrvaldama.

Juhul kui Euroopa Komisjon eelnevalt mainitud riigihangete rohelisele raamatule saadud liikmesriikide vastuste pinnalt leiab, et *self-cleaning*'u menetluse lubamine kõrvaldamise alused täitnud pakkujate puhul on lubatud ja kooskõlas direktiivis sätestatud kõrvaldamise aluste olemuse ja eesmärkidega, on siiski vajalik senise direktiivi oluline muutmine. Kusjuures tervikuna vajab muutmist ka kohustuslike kõrvaldamise aluste rakendamise argumentatsioon. Raske on eeldada ja uskuda, et ELi tasandil oldaks pärast vaid mõnda aastat, mil direktiiv on olnud jõus, muutma direktiivi jõustamise aluseks olnud põhimõttelisi seisukohti kõrvaldamise aluste osas täiesti vastupidiseks.

⁹⁰ Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord. – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 54—83.

Self-cleaning'u teooria rakendamine sisaldab endas lisaks eespool toodule mitmeid küsimusi, mis magistritöö autori hinnangul jäävad väljapoole tavapärasest riigihankemenetlust. Nimelt eeldab teooria, et hankija võimaldaks pakkujal *self-cleaning*'u menetluse läbi viia käimasoleva hankemenetluse ajal. See aga tähendab seda, et vaid selleks, et asuda ühe kõrvaldamise alustega pakkuja kvalifikatsiooni kontrollima, on hankija kohustatud kontrollima ja ära ootama pakkuja *self-cleaning*'u menetluse tulemused. Kui tavapäraselt on riigihanke üldpõhimõtetest tulenevalt võimalik eeldada hankijalt mõistlikku ettenägemisvõimet ja planeerimist, mis hõlmab endas nii ajalisi kui ka sisulisi kriteeriumeid, siis on omakorda ebamõistlik eeldada hankijalt võimet näha ette seda, et pakkumuse esitab isik, kellel on kõrvaldamise alused täidetud, mistõttu tuleb läbi viia *self-cleaning*'u menetlus, mis omakorda võib hankemenetlust venitada väga palju pikemaks.

Lisaks tuleb teooria nõrga aspektina välja tuua ka seda, et kui hankija ootab ära ühe pakkuja *self-cleaning*'u menetluse tulemused, misjärel ta saab alles vaadata pakkuja kvalifikatsiooni, ning see osutub esitatud dokumentide pinnalt puudulikuks või ei vasta pakutud toode või teenus sisuliselt hankedokumentides esitatud nõuetele, on hankija kulutanud väga väärtuslikku aega, saavutamaks justkui kõrvaldamise aluste olemusest tulenevaid eesmärke, millel tulemust aga pole. Sellisel juhul võib tekkida olukord, kus hankija on *self-cleaning*'u teooriast lähtuvalt püüdnud saavutada kõrvaldamise aluste olemuse eesmärke, kuid seetõttu kaotanud näiteks kogu hankelepingu rahastuse, kuna raha kasutamise tähtajad on möödas või pakkujad pole enam pärast sedavõrd pikka aega nõus oma pakkumuste jõusolekutähtaega pikendama. Siinkohal tuleb küsida, kui kaugele nimetatud teooria kohaselt peaks mõistlik hankija pakkujale *self-cleaning*'u menetluse võimaldamisega minema, et omakorda ei saaks rikutud teised riigihanke mitte vähemtähtsamad aluspõhimõtted, nagu näiteks hankija vahendite otstarbekas ja säästlik kasutamine. Üldteoreetilist vastust siinkohal esitatud küsimusele on raske anda, kuna selliste kaasuste puhul tuleb iga kord võtta arvesse riigihanke asjaolusid ning kaaluda neid põhimõtetest lähtuvalt.

Esimest peatükki kokku võttes tuleb tõdeda, et kõrvaldamise aluste rakendamise näol on tegemist pakkuja diskvalifitseerimisega, mis takistab pakkujal teatud tegevuste sooritamist ning hoiab pakkujaid toime panemast õigusrikkumisi, toetades seeläbi teatud poliitikasuundumusi. Kõrvaldamise aluste üldisteks eesmärkideks on avaliku ehk maksumaksja raha kaitsmine, väärtuste (nagu ausus ja lojaalsus) edendamine ning ka avalikkuse ehk maksumaksja usalduse hoidmine. Kui vaadelda kõrvaldamise aluseid üksikutena, siis võib neil lisaks eespool kirjeldatud eesmärkidele olla ka muid eesmärke.

Kõrvaldamise aluste kujunemislukku tagasi vaadates tuleb meenutada, et Euroopa Liidu tasemel said kõrvaldamise alused alguse juba 1970ndatel aastatel. Esimesed kõiki Euroopa Liidu liikmesriike puudutavad kõrvaldamise alused olid vabatahtliku iseloomuga, peegeldades kõikide tolleaegsete liikmesriikide seniseid kõrvaldamise aluste regulatsioone ja praktikaid. Kuigi järgnevate aastakümnete jooksul muudeti mitmel korral Euroopa Liidu riigihankeõigust reguleerivaid õigusakte, jäid kõrvaldamise alused direktiivides muutumatuteks alates 1970ndatest kuni 2004. aastani, mil uue jõustunud direktiiviga toodi Euroopa Liidu riigihankeõigusesse sisse vabatahtlikele kõrvaldamise alustele lisaks ka kohustuslikud kõrvaldamise alused.

Kuigi Eesti liitus Euroopa Liiduga alles 2004. aastal, polnud kõrvaldamise aluste instituut enne seda võõras ka Eesti enda riigihankeõiguses. Juba 1934. aasta riigi hangete seaduses olid ette nähtud eeldused, millal pakkujad polnud hankemenetluse jaoks sobilikud. Taasiseseisvunud Eesti esimesed riigihankealased regulatsioonid nägid kuni 2000. aastani kõrvaldamise alused ette vabatahtlikena. Alates 2000. aastast tänini tunneb Eesti riigihangete õigus kohustuslikke kõrvaldamise aluseid, mida arvuliselt on olnud alati rohkem kui vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid. Seega, Eesti ja Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste ajalugu võrreldes ennetas Eesti kohustuslike kõrvaldamise aluste kehtestamisega Euroopa Liitu tervelt nelja aastaga. Kuigi siinkohal ei ole tegemist võistlusega, on sellest võimalik välja lugeda Eesti seadusandja suhteliselt suuremat konservatiivsust seoses riigihankel osalevate pakkujate aususega ning sooviga suunata maksumaksja raha riigihangete kaudu vaid ausatele pakkujatele.

Huvitav on aga märkida, et maksude ja maksete kohustuse täitmise alusel kõrvaldamine on alati olnud Eesti seadusandja jaoks oluline. Kogu Eesti riigihankeõiguse kujunemisloo vältel on alati peetud tähtsaks seda, et hankemenetlustel osalev pakkuja ei oleks riigi ega kohaliku omavalitsuse ees võlglane.

Maksude ja maksete tasumise kohustus on olnud Eesti riigihangete seaduses kohustuslikuks kõrvaldamise aluseks alates 2000. aastast. Ka hetkel kehtiv riigihangete seadus ei jäta hankijaile kaalutlusõigust, kui küsimus puudutab riiklike või kohalike maksude või sotsiaalkindlustusmaksete tasumata jätmist. Eelnevalt selgus, et direktiiv näeb maksude ja maksete tasumise kohustuse kõrvaldamise aluse ette vabatahtlikuna, jättes liikmesriikidele vaid rakenduslike küsimuste lahendamise õiguse. Kohustuslike kõrvaldamise aluste puhul

lubas direktiiv teha erandi direktiivis nimetatud kohustuslike kõrvaldamise aluste rakendamisest vaid möödapääsmatult vajalikes üldistes huvides. Sarnaselt vabatahtlike kõrvaldamise alustega jäeti rakendustingimuste lahendamine liikmesriikide otsustuspädevusse.

Järgnevalt analüüsib magistritöö autor vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohustuslikuna sätestamise lubatavust, peatudes ka *self-cleaning*'u teooria aluseks oleval Saksa ja sellele sarnaneva Soome õigusnormi kooskõlal Euroopa Liidu riigihangete õigusega. Magistritöö peamisest eesmärgist ja sellest tulenevast hüpoteesist lähtuvalt analüüsib magistritöö autor ka maksuvõla mõistega seotud küsimusi, RHS § 38 lg 1 punkti 4 sõnastuslikku vastavust direktiivi artiklile 45 ning analüüsib RHS § 38 lg 1 punkti 4 rakenduspraktikat Eestis riigihangete vaidlustuskomisjoni ja kohtu praktika alusel.

2. Maksude ja maksete tasumise kohustus kõrvaldamise alusena

2.1. Kohustusliku kõrvaldamise alusena kehtestamine

Direktiivis on maksude ja maksete tasumise kohustus kehtestatud vabatahtliku kõrvaldamise alusena (vt sätte sõnastust lisas 3). Artikkel 45 lõike 2 sissejuhatav lauseosa ütleb, et „lepingus osalemisest võib välja jätta iga ettevõtja“, kes ei vasta nimetatud lõike alapunktides sätestatud tingimustele. Eesti riigihangete seaduses on sama kõrvaldamise alus kehtestatud kohustuslikuna (RHS § 38 lg 1 p 4), nõudes, et igakordselt faktiliste asjaolude esinemisel „ei sõlmi hankija hankelepingut isikuga ja kõrvaldab hankemenetlusest pakkuja“, kui pakkujal „on õigusaktidest tulenevate riiklike või tema elu- või asukoha kohalike maksude või sotsiaalkindlustuse maksete võlg või tähtpäevaks tasumata jäetud maksusummalt arvestatud intress hankemenetluse algamise päeva seisuga või maksuvõla tasumine on ajatatud pikemaks perioodiks kui kuus kuud arvates hankemenetluse algamise päevast, välja arvatud juhul, kui maksuvõla tasumise ajatamine on täies ulatuses tagatud“. Seega näeb direktiiv ette, et hankijal on õigus kõrvaldada pakkuja, kes ei ole täitnud enda maksude ja maksete täitmise kohustust, kuid Eesti riigihangete seadus sätestab sama kõrvaldamise aluse kohustuslikuna. Hankijale diskretsiooniõigust ei jäeta. Siinkohal tekib õigustatult küsimus, kas direktiivis sätestatud vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid on liikmesriikidel üldse õigus siseriiklikus õiguses kehtestada kohustuslikena? Direktiiv ütleb vabatahtlike kõrvaldamise aluste siseriiklikku õigusesse viimise kohta vaid seda, et „liikmesriigid määravad kindlaks käesoleva lõike rakenduskorra ühenduse ja siseriikliku õiguse alusel“ (artikkel 45 lõike 2 alalõige 2).

Euroopa Kohus sedastas oma *La Cascina* kohtuasjas, et liikmesriikide kaalutusõiguse piirid on kehtestatud käsitletud sättes endas [direktiivi artiklis 45 lõikes 2] selliselt, et liikmesriigid ei saa ette näha muid kui selles sättes kehtestatud hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuseid. Sätte sõnastusest tulenevalt ei ole ette nähtud selles märgitud hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuste ühtset kohaldamist ühenduse tasandil, nii et liikmesriigid võivad neid hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuseid üldse mitte kohaldada, pooldades võimalikult laia osavõttu hankelepingute sõlmimisest, või võtta need siseriiklikesse õigusnormidesse üle erinevate juhtumite korral varieeruva rangusega sätete kaudu ning vastavalt siseriiklikul tasandil valitsevatele õiguskorra, majanduslikele või sotsiaalsetele kaalutlustele. Selles valdkonnas on liikmesriikidel pädevus direktiivi artiklis kehtestatud kriteeriume leevendada või muuta neid paindlikumaks.⁹¹

⁹¹ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 22-23.

Esmalt tuleb märkida, et kuigi La Cascina otsusega lahendatav vaidlus on tõusetunud eelmise direktiivi⁹² pinnalt, on eelnevalt nimetatud otsuses sedastatud Euroopa Kohtu seisukohad ülekantavad ka hetkel kehtiva direktiivi vabatahtlike kõrvaldamise aluste sättele. Seda seetõttu, et ka eelmine direktiiv kehtestas maksude ja maksete tasumise kohustuse vabatahtliku kõrvaldamise alusena ning kehtiva direktiivi sätte sõnastus on muutunud vaid väga vähesel määral.

Seega ütles Euroopa Kohus enda La Cascina otsuses, et kõik juhud, mil hankijal on õigus pakkujat hankemenetlusest kõrvaldada, on loetletud direktiivis ehk teisisõnu on direktiivis toodud kõrvaldamise aluste loetelu ammendav. Liikmesriigi ainuke õigus sätte siseriiklikkusesse viimise varieerimise osas seisneb selles, et liikmesriik võib seda sätet kohaldada selliselt, nagu see on direktiivis otsesõnu kirjas või, kui liikmesriik soovib ja vajalikuks peab, leevendada direktiivis sätestatud või jätta hoopis kohaldamata.

H.-J. Prieß leiab, et eelnevalt väljatoodud Euroopa Kohtu seisukoht tähendab seda, et vabatahtlike kõrvaldamise aluste laiendamise keeld kehtib nii kvantitatiivse laiendamise mõttes ehk uute kõrvaldamise aluste lisamisel kui ka kvalitatiivse laiendamise osas ehk direktiivis sätestatud kõrvaldamise aluste sisulisel laiendamisel. H.-J. Prieß järeldeb, et siseriiklikus õiguses vabatahtlike kõrvaldamise aluste kehtestamine kohustuslike kõrvaldamise alustena on ühenduse õigusega vastuolus. Lisaks laiendamise keelu rikkumise faktile on vabatahtlike kõrvaldamise aluste kehtestamine kohustuslikena vääri ka seetõttu, et vabatahtlikud kõrvaldamise alused ei ületa raske õigusrikkumise piiri ega vääri seetõttu kohustuslike kõrvaldamise alustena rakendamist.⁹³

Esmapilgul tundub H.-J. Prieß'i säärane mõttekäik mõneti alusetult laiendatuna, kuivõrd Euroopa Kohus käsitles vaid vabatahtlike kõrvaldamise aluste ammendavuse küsimust ning mitte seda, kas nimetatud aluseid võiks siseriiklikult kohaldada ka kohustuslikena. Siiski nõustub magistratõõ autor H.-J. Prieß'i järelduse ja seisukohaga. Seda kahel põhjusel. Esiteks direktiivi sõnastuse tõttu. Direktiivi artikkel 45 lõike 2 sissejuhatav lauseosa ütleb: „Lepingus osalemisest võib välja jätta iga ettevõtja“. Sõnaselgelt on direktiivis kirjas, et edasises loetelus sätestatud aluseid tuleb kasutada diskretsiooni rakendades. Asjaolu, et sama sätte viimane

⁹² Euroopa Nõukogu direktiiv 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord. – EÜT L 209, 24.7.1992, lk 1—24; eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 06 Kõide 01 lk 322—345. Artikkel 29 lg 1 punktid e ja f.

⁹³ Prieß, H.-J. *Exclusio corruptoris? – Die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen des Ausschlusses vom Vergabeverfahren wegen Korruptionsdelikte.* – *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* 2009/9, lk 589.

lõigend lubab liikmesriikidel määrata kindlaks lõike rakenduskord, ei tähenda veel seda, et neil oleks õigus siseriiklikusse õigusesse ülevõtmisel sätte direktiiviga antud sõnastust muuta.

Nimetatud argument saab veelgi tuge, vaadates näiteks sama artikli lõiget 1, mis kehtestab hankemenetlusest kõrvaldamise kohustuslikud alused. Nimelt ütleb artikli 45 lõike 1 sissejuhatav lauseosa, et „hankelepingu sõlmimise menetluses osalemisest jäetakse välja kõik kandidaadid või pakkujad“. Tähelepanu tuleb juhtida fraasi „jäetakse välja“ imperatiivsusele. Lisaks lubab sama sätte viimane lõigend sarnaselt artikli 45 lõike 2 viimasele lõigendile liikmesriikidel kindlaks määrata lõike rakenduskord. Ometigi ei ole liikmesriigid analoogselt artikli 45 lõikes 2 sätestatud vabatahtlikele kõrvaldamise alusele näinud võimalust kehtestada kohustuslikud kõrvaldamise alused vabatahtlikena. Seega asjaolu, et nii kohustuslike kui ka vabatahtlike kõrvaldamise aluste sätte direktiivis lubab liikmesriikidel määrata kindlaks lõike täpne rakenduskord, ei õigusta sättes toodud sõnastuse ega sellest tulenevalt ka vabatahtliku aluse kohustuslikuks muutmist. Liikmesriikidele direktiiviga jäetud õigus määrata kindlaks nimetatud lõigete rakenduskord puudutab siiski esmajoones järgmisi küsimusi: millisel ajahetkel kontrollitakse kõrvaldamise aluste esinemist pakkujatel, milliseid tõendeid sealjuures arvesse tohib võtta, kas tõendeid nõutakse pakkujatel või kontrollib hankija neid iseseisvalt jne. Sätete rakendamistingimuste paika panemine ei hõlma aga mingil juhul sätte enda sisulist muutmist.

Teine põhjus, miks nõustuda H.-J. Prieß'i järeldusega, et kõrvaldamise aluste laiendamise keeld kehtib nii vabatahtlike kõrvaldamise aluste kvantitatiivse laiendamise kui ka kvalitatiivse laiendamise osas, seisneb Euroopa Kohtu *La Cascina* otsuses sedastatus. Nimelt viitas Euroopa Kohus, et liikmesriikide kaalutusõiguse piirid on kehtestatud käsitletud sättes endas selliselt, et liikmesriigid ei saa ette näha muid, kui selles sättes kehtestatud hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuseid⁹⁴. Kui liikmesriik harmoneerib (näiteks maksude ja maksete tasumise kohustuse) vabatahtliku kõrvaldamise aluse vabatahtliku kõrvaldamise aluse asemel kohustuslikuna, siis kasutab ta Euroopa Kohtu sõnul endale direktiiviga jäetud õigust jätta nimetatud kõrvaldamise alus vabatahtlikuna kohaldamata. Sellega aga ka liikmesriigi õigused piirduvad. Kuivõrd, nagu eelnevalt viidatud, liikmesriikide kaalutusõiguse piirid on kehtestatud sättes endas, siis ei ole võimalik tõsta vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid kohustuslike kõrvaldamise aluste ammendavasse nimekirja. Seega, kehtestades vabatahtliku kõrvaldamise aluse kohustuslikuna, ületab liikmesriik sättes endas

⁹⁴ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 22.

käsitletud kaalutusõiguse piire, kohaldades seega Euroopa Liidu riigihangete õigust ebaõigesti.

Eespool toodule on võimalik lisada ka kolmas kaudne argument, miks direktiivis sätestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluste kehtestamine on lubamatu. Nimelt viitab H.-J. Prieß⁹⁵, et Euroopa Komisjon on muude põhjuste hulgas algatanud rikkumismenetluse Ungari vastu, kuna Ungari riigihangete seadus on kehtestanud vabatahtlikud kõrvaldamise alused kohustuslikena. Siiski ei ole võimalik sellele H.-J. Prieß'i viitele täiel määral toetuda, kuna Euroopa Komisjon on küll algatanud rikkumismenetluse Ungari vastu seoses ebakõladega Ungari riigihangete seaduse ja direktiivi vahel⁹⁶, kuid nimetatud rikkumismenetluse dokumendid ei ole avalikud. See muudab H.-J. Prieß'i viite magistritöö mõistes hetkel vaid oletuslikuks. Olgu siinkohal siiski välja toodud, et Ungari riigihangete seadus tõepoolest sätestab direktiivist tulenevad vabatahtlikud kõrvaldamise alused sarnaselt Eestile kohustuslikena⁹⁷. Näiteks on Ungari hankijad kohustatud igakordselt kõrvaldama hankemenetlusest pakkujad, kes ei ole täitnud enda maksude ja maksete kohustusi (artikkel 56 lg 1 p e).

Võrdluseks, et Läti⁹⁸ ja Poola⁹⁹ riigihangete seadused näevad sarnaselt Eestile ja Ungarile ette pakkujate kohustusliku kõrvaldamise, kui tal on täitmata maksude ja maksete kohustus. Leedu riigihangete seadus näeb direktiivi artikli 45 lõike 2 rakendamiseks ette veel kolmanda mooduse. Leedu¹⁰⁰ riigihangete seaduse § 33 lg 2 punkt 6 võimaldab küll hankijale diskretsiooni seoses maksude ja maksete tasumise kõrvaldamise alusega, kuid diskretsioon seisneb selles, kas alust konkreetsetes hankes kohaldada või mitte. Kui hankija otsustab seda siiski kohaldada, näeb seadus ette, et seda tuleb teha kohustuslikuna. Lähiriikidest ainsana on

⁹⁵ Prieß (viide 93), lk 590.

⁹⁶ Euroopa Komisjoni 30.09.2010 pressiteade. – Arvutivõrgus: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1240&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en> (08.04.2012).

Euroopa Komisjoni otsus rikkumismenetluse alustamise kohta 30.09.2010: rikkumismenetlus nr 2009/4271 Ungari vastu „Ungari riigihangete seaduse reform“. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/eu_law/eulaw/decisions/dec_20100930.htm#hu (08.04.2012).

⁹⁷ Ungari riigihangete seadus, vt §§ 56-57. – Arvutivõrgus: http://www.kozbeszerzes.hu/static/uploaded/document/PPA%202012_03.pdf (13.04.2012).

⁹⁸ Läti riigihangete seaduse § 39 lg 1 p 5. – Arvutivõrgus: <http://www.iub.gov.lv/files/upload/pil11.02.2012.pdf> (23.04.2012).

⁹⁹ Poola riigihangete seaduse artikkel 24 lg 1 p 3. – Arvutivõrgus: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:996> (23.04.2012).

¹⁰⁰ Leedu riigihangete seaduse § 33 lg 2 p 6. – Arvutivõrgus: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=406821&p_query=&p_tr2=2 (23.04.2012).

maksude ja maksete täitmise kohustuse kõrvaldamise aluse näinud ette vabatahtlikuna Soome¹⁰¹.

Oma kõrvaldamise aluseid puudutavas järgmises, *Michaniki*¹⁰² otsuses, arendas Euroopa Kohus enda *La Cascina* kohtuasjas kõrvaldamise aluste kohta öeldut veelgi edasi. *Michaniki* kohtuasjas küsis Kreeka kõrgeim halduskohus otse, kas direktiivis loetletud vabatahtlikud kõrvaldamise alused on ammendavad või mitte. Euroopa Kohus vastas, et vaid sellised kõrvaldamise tingimused on lubatavad, mis põhinevad pakkujat puudutavate selliste asjaolude või tema tegude objektiivsel kindlakstegemisel, mis diskrediteerivad tema ametialast ausust või tema majanduslikke ja rahalisi võimalusi viia lõpule ehitustööd, mis on temaga sõlmitud riigihankelepingu esemeks.

Sellest tulenevalt sedastas Euroopa Kohus, et kõrvaldamise aluste säte loetleb ammendavalt pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamist õigustavad põhjused, mis põhinevad tema ametialaste omadustega seonduvatel objektiivsetel teguritel. See säte takistab seega liikmesriikidel või hankijatel koostada nimekirja muudest ametialaste kriteeriumidega seotud kõrvaldamise põhjustest. Kohus lisas siiski, et sättes esitatud ammendav loetelu ei takista liikmesriikidel säilitada või kehtestada materiaalsoojuste norme, mille eesmärk on eelkõige tagada riigihangete valdkonnas võrdse kohtlemise põhimõtte ning sellest tuleneva läbipaistvuse põhimõtte järgimine ja mis kehtivad pakkujate suhtes kõigi hankemenetluste puhul, mille ese on selline hankeleping. See tähendab, et liikmesriigil on õigus lisaks ametialaste omadustega seotud objektiivseid kaalutlusi puudutavatele kõrvaldamise kriteeriumidele, mis on loetletud ammendavalt, näha ette muid kõrvaldamise meetmeid selleks, et tagada pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte järgimine riigihankemenetlustes.¹⁰³ Samasugust seisukohta kinnitas Euroopa Kohus ka enda järgmises kõrvaldamise aluseid puudutavas *Assitur*'i kohtuasjas¹⁰⁴.

Michaniki ja *Assitur*'i otsused kinnitasid seega veelkord juba *La Cascina* otsuses öeldut, et vabatahtlike kõrvaldamise aluste loetelu on kinnine, kuid tekitas siinjuures uue küsimuse. Euroopa Kohus ütles, et sättes esitatud ammendav loetelu ei takista liikmesriikidel säilitada

¹⁰¹ Soome riigihangete seaduse § 54 p 5. – Arvutivõrgus: <http://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2007/20070348> (23.04.2012).

¹⁰² Euroopa Kohus 16.12.2008, nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*.

¹⁰³ Euroopa Kohus, *Michaniki* (viide 102), p 42-44; 47.

¹⁰⁴ Euroopa Kohus 19.05.2009, nr C-538/07, *Assitur Srl vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, p 23.

või kehtestada materiaalõiguslikke norme, mille eesmärk on eelkõige tagada riigihangete valdkonnas võrdse kohtlemise põhimõtte ja sellest tuleneva läbipaistvuse põhimõtte järgimine ning mis kehtivad hankijate suhtes kõigi hankemenetluste puhul.

Euroopa Kohtu Michaniki otsust kommenteerides leidis H.-J. Prieß, et kõrvaldamise aluste kehtestamise puhul on kõige olulisem luua tasakaal erinevate huvide vahel, lähtudes konkurentsi edendamise põhimõttest. Just kõrvaldamise aluste puhul tekib multipolaarne konfliktsituatsioon. Kõrvaldamisel konkureerivad omavahel võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtted, mis on aluseks ausale hankemenetlusele. Samas riivatakse kõrvaldamisel pakkuja põhivabadusi ning seeläbi on ka hankemenetlus puudutatud. Sellises situatsioonis vajaliku kaalutusotsuse tegemisel on siseriiklikul seadusandjal Euroopa Kohtu sõnade kohaselt konkretiseerimiskompetents. Kui siseriiklik seadusandja langetab kaalutusotsuse, on ta kohustatud end Euroopa Liidu seadusandja kohale asetama. Kokkuvõttes on seetõttu kõrvaldamise alused (ainult) sellel määral ammendavalt reguleeritud, mil Euroopa Liidu seadusandja neid ammendavatena reguleerida soovis ning seda ta soovis Euroopa Kohtu sõnul, ametialaste kriteeriumidega seotud kõrvaldamise põhjuste puhul.¹⁰⁵

H.-J. Prieß'i käsitlust multipolaarsest konfliktsituatsioonist jagab ka kohtujurist Poiares Maduro, jõudes seisukohale, et [direktiivi vabatahtlikke] kõrvaldamise aluseid reguleerivat artiklit tuleb tõlgendada nii, et selles loetletakse põhjused, mille tõttu konkurendid kõrvaldatakse hankes osalemisest võrdse kohtlemise põhimõtte nimel. Selline kõrvaldamine eeldab paratamatult, et piiratakse direktiivis taotletavat paralleelset eesmärki – konkurentsi toetamist. Selline piirang tuleneb siiski direktiivi süsteemist endast, mille eesmärk on toetada pakkujate vahelist konkurentsi üksnes tingimusel, et konkurentsis järgitakse kandidaatide võrdse kohtlemise põhimõtet.¹⁰⁶

Tulles aga tagasi Euroopa Kohtu Michaniki ja lisaks Assitur'i otsustes sedastatu juurde, et vabatahtlike kõrvaldamise aluste loetelu on ammendav, kuid liikmesriikidel on õigus säilitada või kehtestada materiaalõiguslikke norme, mille eesmärk on tagada võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid, leiab magistriltõõ autor, et eelkõige võivad sellisteks direktiivis kehtestatud kõrvaldamise aluste loetelust väljajäävateks pakkuja kõrvaldamise alusteks olla näiteks sätted, mis lubavad hankijal jätta kõrvale sellise pakkuja pakkumuse, millest

¹⁰⁵ Prieß, H.-J., Friton, P. Ausschluss bleibt Ausnahme. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2009/5, lk 301.

¹⁰⁶ Euroopa Kohus 08.09.2005, nr C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina vs Ministero della Difesa*, kohtujurist Poiares Maduro ettepanek, p 26.

puuduvad hankija poolt nõutud dokumendid, mille tagantjärele esitamine või küsimine rikuks selgelt nii pakkujate võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõtteid. Eesti riigihangete seaduses leidub analoogne säte § 39 lõikes 4¹. Samuti võib selliseks materiaaõiguslikuks normiks olla riigihangete seaduse § 38 lõike 2 punktis 4 sätestatu, mille kohaselt on hankijal õigus kõrvaldada pakkuja, kelle pakkumuse koostamisel on osalenud isik, kes on osalenud sama riigihanke hankedokumentide koostamisel või kes on muul viisil hankijaga seotud ja sellele isikule seetõttu teadaolev info annab talle eelise teiste pakkujate ees. Sellele viitab näiteks ka Euroopa Kohus oma *Fabricomi* otsuses¹⁰⁷.

Vahekokkuvõttena võib järeldada, et vabatahtliku kõrvaldamise aluste loetelu direktiivi artikli 45 lõikes 2 on ammendav. Kasutades F. J. Hölzl'i sõnu, on Euroopa Kohus selgeks teinud, et direktiivis kirja pandud konkreetseid kõrvaldamise aluseid ei ole võimalik käsitleda laiendatavate näidisreeglitena¹⁰⁸. Siiski on liikmesriikidel õigus säilitada või kehtestada materiaaõiguslikke norme, mille eesmärk on tagada võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid. Sellised õigusnormid saavad aga olla eranditult vaid direktiivis sätestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluse loetelu välised, kuivõrd selles osas on Euroopa Liidu seadusandja oma sõna öelnud. Kõrvaldamise aluseid ei ole lubatav laiendada ei kvantitatiivselt ega ka kvalitatiivselt. Küsimus jääb vaid kohustuslike kõrvaldamise aluste osas, kas ka nende puhul on liikmesriikidel õigus säilitada või kehtestada materiaaõiguslikke norme, mille eesmärk on tagada võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid. Seda seetõttu, et, nagu varasemalt märgitud, on ka Euroopa Kohtu *Michaniki* otsus langetatud eelmisele direktiivile toetudes, mis reguleeris vaid vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid. Õiguskirjanduses leidub lisaks H.-J. Prieß'ile¹⁰⁹ juba ka selle seisukoha jaatajaid¹¹⁰. Ka magistritöö autor leiab, et eelnevalt käsitletud Euroopa Kohtu lahendid, mis nõuavad, et eelmise direktiiviga sätestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluste loetelu on ammendav, on üle kantav ka hetkel kehtivas direktiivis sätestatud kohustuslike kõrvaldamise aluste loetelule.

Eesti riigihangete seadus loetleb üles kuus kohustuslikku ning neli vabatahtlikku kõrvaldamise alust. Nimetatud kuue kohustusliku kõrvaldamise aluse seast leiame ühe kõrvaldamise aluse, mis vastab direktiivi artiklis 45 lõikes 1 sätestatud kolmele kõrvaldamise alusele (Eesti seadusandja on direktiivis nimetatud kolm kohustuslikku kõrvaldamise alust

¹⁰⁷ Euroopa Kohus 03.03.2005, nr C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA vs Belgia riik*, p 41-46.

¹⁰⁸ Hölzl, F. J. „Assitur“: Die Wahrheit ist konkret! – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2009/12, lk 755.

¹⁰⁹ Prieß, Friton (viide 105), lk 301.

¹¹⁰ Egger, A. *Europäisches Vergaberecht*. Baden-Baden: Nomos 2008, p 1105.

koondanud sõnastuslikult ühte kõrvaldamise alusesse – riigihangete seaduse § 38 lg 1 p 1). Neli kohustuslikku kõrvaldamise alust pärinevad aga direktiivi artikli 45 lõikes 2 toodud vabatahtlike kõrvaldamise aluste loetelust. Ühte kõrvaldamise alust (riigihangete seaduse § 38 lg 1 p 5) võiks pidada nende kõrvaldamise aluste sekka kuuluvaks, mille kehtestamise õigus on Euroopa Kohtu sõnul siseriiklikul seadusandjal, tagamaks võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid (eeldades, et Michinaki otsuses öeldu on kohustuslikele kõrvaldamise alustele ülekantav). Direktiivi artikli 45 lõikes 2 sätestatud vabatahtlikest kõrvaldamise alustest on Eesti seadusandja harmoneerinud vabatahtliku kõrvaldamise alusena vaid kaks, koondades selle siseriiklikult üheks sätteks (riigihangete seadus § 38 lg 2 p 1).

Eespool toodule tuginedes tuleb järeldada, et Eesti seadusandja on õigustamatult laiendanud kohustuslike kõrvaldamise aluseid kvalitatiivselt, kehtestades kohustuslike kõrvaldamise alustena kõrvaldamise seoses pankroti ja sundlikvideerimise menetlustega, maksude ja maksete tasumise kohustuse ja valeandmete esitamise. Direktiivi artikli 45 lõike 2 kohaselt on eelnevalt nimetatud kõrvaldamise aluste näol tegemist vabatahtlike kõrvaldamise alustega. Seeläbi saab igakordselt kahjustatud konkurentsi edendamise kui riigihangete aluspõhimõte, kuna ühtse siseturu ja tõhusa konkurentsi kontekstis on ühenduse õiguse huvides, et oleks tagatud võimalikult paljude pakkujate osavõtt hankemenetlusest¹¹¹. Olukorras, kus Euroopa Liidu seadusandja on näinud ette, et hankija võib kaalutusotsuse tulemusena astuda lepingusse maksuvõlglasega või hinnata valeandmete esitamise olulisust hankemenetlusega saavutatava eesmärgi suhtes, on Eesti hankijad kohustatud ilma igasuguse kaalumise võimaluseta pakkujad nendel alustel kõrvaldama.

Arvestades seda, et riigihangete seaduses sätestatud kõrvaldamise aluseid on sellisel kujul rakendatud juba arvates 1. maist 2007, võib kõrvaldamise aluste direktiivijärgselt ümberkohaldamine tekitada segadust ja küsimusi hankijates, kes on seni harjunud valdavalt langetama vaid faktipõhiseid otsuseid ning tuginema tõendite hindamisel teiste asutuste (nagu näiteks Maksu- ja Tolliamet, valla- ja linnavalitsused ning kohus) väljaantavatele otsustele ja tõenditele. Siiski tuleb nõustuda, et direktiivis ette nähtud vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohane rakendamine seaks esikohale konkurentsi edendamise ning taandaks näiteks maksualase käitumise edendamise kui riigihangete poliitika sekundaarse eesmärgi tahaplaanile. Magistritöö autori hinnangul on siinkohal positiivseks jooneks see, et riigihangete olemus ja menetluse eesmärk saaks taas oma õigetele rööbastele toodud, kuivõrd, vaadates näiteks riigihangete vaidlustuskomisjoni ja ka siseriiklikku kohtupraktikat,

¹¹¹ Euroopa Kohus, *Assitur* (viide 104), p 26.

tegeletakse riigihankemenetluse käigus rohkem riigihangete sekundaarsetest eesmärkidest tõusetuvate küsimuste lahendamise, kui hankemenetluse enda läbiviimisega¹¹². Samuti pakuks maksude ja maksete tasumise kohustust käsitleva siseriikliku kõrvaldamise aluste ümberkvalifitseerimine vabatahtlikuks kõrvaldamise aluseks lahenduse ka magistritöös viimasena analüüsitavast Eesti sätte rakendamise praktikast nähtuvalle mitme seaduse keskele jäävale vaakumile.

Kõrvaldamise aluste kataloogi ammendavuse juures on lisaks eespool toodule huvitav veel märkida, et Saksa Schleswig-Holsteini ülemmaakohus (*Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht*) jõudis juba 2001. aastal seisukohale, et Euroopa Liidu õigusest tulenevat kõrvaldamise aluste kataloogi ei ole hankijal lähtuvalt õiguskindluse põhimõttest õigus laiendada¹¹³.

Magistritöö esimeses peatükis käsitletud *self-cleaning*'u teooria hõlmab endas kohustuslikke kõrvaldamise aluseid. Kuna magistritöö autor jõudis eelnevalt seisukohale, et kõrvaldamise aluste kvalitatiivse ja kvantitatiivse laiendamise keeld on üle kantav ka kohustuslikele kõrvaldamise alustele, analüüsib magistritöö autor sellest lähtuvalt lühidalt ka *self-cleaning*'u teooria aluseks olevat Saksa vastavat õigusnormi.

Nagu öeldud, toetub *self-cleaning*'u teooria muude riikide hulgas ka Saksa õigusele. Saksa teenuste riigihangete ja hankelepingu korra¹¹⁴ § 6 sätestab, et kui pakkujal on täidetud direktiivi artikli 45 lõikest 1 tulenevad kohustuslikud kõrvaldamise alused, tuleb pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada. Saksa teenuste riigihangete ja hankelepingu korra § 6 lõige 5 teeb aga sättest erandi, öeldes, et hankija võib tungivatel avalikku huvi silmas pidavatel põhjustel jätta sellise pakkuja kõrvaldamata ehk lubada jätkuvalt menetluses osaleda. Sellist

¹¹² Kehtivat seadust vaadates on siinkohal heaks näiteks riigihangete seaduse § 31 lg 8¹, mis kohustab hankelepingu sõlmimise korral, mille täitmine on seotud intellektuaalse omandiga, nõuda pakkujalt hankedokumentides kinnitust, et pakkujal on olemas hankelepingu täitmiseks vajalikud intellektuaalse omandi õigused. Seega, kui pakkujal on arvutis illegaalne tarkvara, siis tuleks sellise pakkuja pakkumus § 47 lõike 3 alusel tagasi lükata. Küsida tuleb, kas riigihanke eesmärk on kontrollida pakkujatel erinevate intellektuaalsete omandi õiguste olemasolu või peaks selle kontroll toimuma riigihangete väliselt teiste asutuste pädevuse kaudu?

¹¹³ Oberlandesgericht Schleswig, Beschluss des Vergabesenats vom 04.05.2001, 6 Verg 2/2001 . – Arvutivõrgus: <http://web43.d2-1066.ncsrv.de/doc2/olgsh02-01.pdf> (13.04.2012).

Oberlandesgericht Schleswig, Urteil vom 06.11.2001, 6 U 50/01 (LG Kiel). – Arvutivõrgus: http://www.thuringen.de/olgneu/showls_neu.asp (13.04.2012).

¹¹⁴ Vergabe und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A). – Arvutivõrgus: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/verdingungsordnung-fuer-leistungen-vol-a-2009,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (20.04.2012).

sätet sisaldab näiteks ka Soome riigihangete seadus¹¹⁵. Nimetatud sätted tuginevad direktiivi artikli 45 lõike 1 alalõikele 3, mille kohaselt võivad liikmesriigid „möödapääsmatult vajalikes üldistes huvides sätestada erandi esimeses lõigus osutatud nõudest“.

Direktiivide ettevalmistavad materjalid viitavad, et direktiivi artikli 45 lõike 1 alalõigus 3 sätestatud erandit võib kasutada vaid rahva tervise huvidest lähtuvalt, kui näiteks ainsal pakkujal, kes tuleks muidu kohustuslikus korras kõrvaldada, on vajalik ravim¹¹⁶. Magistritöö autor leiab, et *self-cleaning*'u teooriat ei ole võimalik rakendada, toetudes vaid üleüldisele siseriiklikku seadusesse viidud erandile, mis sarnaselt direktiivis sätestatule lubab üldiselt jätta kohustuslikud kõrvaldamise alused rakendamata, kui esinevad erakorralised asjaolud. Seda seetõttu, et erandi sõnastus direktiivi artikli 45 lõike 1 alalõikes 3 viitab otsesõnu liikmesriigi edasisele täpsustamiskohustusele („võivad liikmesriigid sätestada erandi“). Kuivõrd erand on juba oma loomult erandlik ning seda ei ole võimalik kohaldada lugematule arvule erinevatele juhtumitele, ei saa liikmesriigi seadusesse sisseviidud erand olla üldsõnaline ning piiritlemata.

Arvestades eelnevat ning ülal analüüsitud kõrvaldamise aluste kvantitatiivse ja kvalitatiivse laiendamise keeldu, viitab magistritöö autor tõenäolisele Saksa teenuste riigihangete ja hankelepingu korra § 6 lõike 5 ja Soome artikli 53 viimase lõike vastuolule Euroopa riigihangete õigusega. Kui liikmesriigid soovivad kasutada direktiivi artikli 45 lõike 1 alalõikes 3 sätestatud erandi võimalust, tuleb vastav siseriiklik erand sätestada täpselt ning viidates konkreetsele kohaldamise juhule. Järelikult, selleks, et oleks võimalik üldse rääkida *self-cleaning*'u teooria põhimõttelisest aktsepteeritavusest, peaks vastava liikmesriigi õigus sisaldama direktiivi artikkel 45 lõike 1 alalõikele 3 tuginevat konkreetset erandit, mis lubab näiteks rahva tervisega seotud erandlikel juhtudel rakendada *self-cleaning*'u menetlust.

2.2. Maksuvõla mõiste

Riigihangete seaduse § 38 lg 1 punkt 4 sätestab maksuvõla¹¹⁷ mõiste, mis erineb maksukorralduse seaduses sätestatud maksuvõla mõistest. Magistritöö teemast lähtudes on

¹¹⁵ Soome riigihangete seaduse § 53 viimane lõige. – Arvutivõrgus: <http://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2007/20070348> (23.04.2012).

¹¹⁶ Williams (viide 37), lk 727.

¹¹⁷ Magistritöö autor käsitleb magistritöös maksuvõla mõistena rahalist piiri, mil maksuhaldur väljastab maksukohuslasele tõendi, millega saab maksukohuslane tõendada, et tal puuduvad maksuvõlad.

oluline küsida, kas maksuvõla mõiste erinev määratlus riigihangete ja maksukorralduse seaduses on kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõigusega.

Kuni 1. jaanuarini 2011 viitas riigihangete seaduse § 38 lg 1 punkt 4 üldsõnaliselt, et kõrvaldamisele kuuluvad pakkujad, kellel on täitmata õigusaktidest tulenevad riiklikud ja elu- või asukoha kohalikud maksud ning sotsiaalkindlustuse maksed. Selliselt sisustati maksuvõla mõistet nimetatud ajani maksukorralduse seaduses sätestatud maksuvõla mõistega. Maksukorralduse seaduse kohaselt väljastati kõikidele taotlejatele tõend maksuvõlgade puudumise kohta, kui nende maksuvõlg ei ületanud 100 krooni¹¹⁸ (hetkel kehtiv seadus sätestab selleks summaks 15 eurot¹¹⁹). Seega loeti, et kui pakkuja võlgneb riigile rohkem kui 6,4 eurot, oli tegemist maksuvõlgasega ning selline pakkuja ei sobinud hankemenetlusse.

2011. aasta alguses jõustus aga riigihangete seaduse § 38 lg punkti 4 uus redaktsioon, mis sätestas esmakordselt maksuvõla mõiste riigihangete seaduses, mis erines üldisest maksuvõla mõistest maksukorralduse seaduses. Eelnõu seletuskiri selgitab maksuvõla muutust asjaoluga, et riigihangete seaduse põhieesmärk ei ole isikute maksukäitumise muutmine, vaid olemasoleva konkurentsi kasutamine ja igakülgne toetamine¹²⁰. Seega võib järeldada, et maksuvõla maksukorralduse seadusest erineva mõiste sissetoomise riigihangete seadusesse tingis soov kaasata hankemenetlustesse rohkem pakkujaid, kes muidu, maksukorralduse seaduses sätestatud maksuvõlga mõiste tõttu, oleks tavajuhul hankemenetlustest maksuvõlgade tõttu eemale jäänud. Seeläbi sooviti elavdada konkurentsi hankemenetlustel.

Nagu eelnevalt magistritöös juba viidatud, on direktiiviga kehtestatud kõrvaldamise alused, kuid nende rakendamisküsimused on jäetud liikmesriikide lahendada. Euroopa Kohus on La Cascina kohtuasjas viidanud, et selles osas, milles direktiiviga ei ole nähtud ette õigusnormi ühtset kohaldamist, viitab direktiiv siseriiklikule normeerimise vajadusele¹²¹. Järelikult on ka maksuvõla mõiste sisustamine direktiivi artikli 45 lõike 2 alapunktide e ja f rakendamiseks siseriikliku seadusandja pädevuses. Sellest tulenevalt võivad igas Euroopa Liidu liikmesriigis kasutusel olla erinevad maksuvõla mõisted. See, kas liikmesriigis on riigihangete ja maksuõiguses kasutusel sama või erinev maksuvõla mõiste, ei oma aga Euroopa Liidu

¹¹⁸ Maksukorralduse seaduse § 14 lg 5. – RT I 2002, 26, 150 ... RT I 2010, 41, 241.

¹¹⁹ Maksukorralduse seaduse § 14 lg 5. – RT I 2002, 26, 150 ... RT I, 22.12.2011, 38.

¹²⁰ Riigihangete seaduse eelnõu 665SE seletuskiri. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=896065&u=20120419131938> (19.04.2012), lk 10.

¹²¹ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 23, 25 ja 30.

riigihankeõiguse aspektist tähtsust. Oluline on, viidates analoogia korras Euroopa Kohtu seisukohale, et see on täpselt määratletud ning avalikustatud¹²².

Liikmesriigiti erinev maksuvõla mõiste ei tekita aga suuremal määral pakkujate ebavõrdset kohtlemist piiriülestel hankemenetlustel. Seda seetõttu, et pakkuja, kandideerides teises liikmesriigis riigihankel, peab esitama enda elu- või asukohamaa vastava pädevusega asutuse tõendi, et tal puuduvad riiklikud ja kohalikud maksuvõlad ning sotsiaalkindlustusmaksete võlad. Kuna tõendi selle kohta väljastab pakkuja elu- või asukoha pädev asutus vastavalt selles liikmesriigis kehtivale maksuvõla mõistele, nähtub sellele pakkujale väljastatavalt tõendilt, et tal on maksuvõlg, hoolimata sellest, kuidas on maksuvõla mõiste reguleeritud selles liikmesriigis, kus hankemenetlust läbi viiakse.

Siiski tuleb maksuvõla mõiste reguleerimise juures välja tuua, et arvestades, et maksuvõla mõiste määratlemine on iga liikmesriigi enda pädevuses, tähendab see seda, et piiriülestel riigihangetel võib esineda olukordi, kus välisriigi pakkujal nähtub tema elu- või asukohamaa pädeva asutuse tõendilt, et tal on maksuvõlg. Kuid arvestades maksuvõla erinevat määratlust, võib see olla märkimisväärselt väiksem kui sama liikmesriigi endi pakkujatel, kuna võlgnetavate maksude summa võib olla kõrgem, enne kui see mõjutab pakkuja maksukäitumist kajastava tõendi sisu. Võrdlusena siinkohal, et Eesti riigihangete seadus lubab riigihangetel osaleda Eesti pakkujatel, kui nende maksuvõlg ei ületa 100 eurot. Läti riigihangete seadus näeb selle summana ette 100 latti¹²³, mis on ümberarvutatuna ligikaudu 143 eurot. Seega Eesti pakkujad, kellel on maksude eest tasumata 101 eurot, tuleb hankemenetluselt Eestis kõrvaldada, kuid samal ajal Läti pakkujad, kes võlgnevad riigile sama suure summa maksmata maksude näol, võivad Eestis riigihangetel osaleda. Seda seetõttu, et Läti seaduse kohaselt on neile seal väljastatud tõend, mis loeb, et nad ei ole selles riigis maksuvõlglast. Või vastupidi, 100-eurose maksuvõlgnevusega Eesti pakkuja ei saa Läti riigihangetel osaleda, kuna Eestist saadav tõend näitab maksuvõlga, kuigi võlgnetav summa jääb Lätis kehtestatud 143-eurosest summast allapoole. Samasuguse võlaga pakkujaid tabab seega erinevates liikmesriikides erinev kohtlemine.

Kuna alused riigihankemenetlusest kõrvaldamiseks on sätestatud direktiivis, võiks väita, et direktiivi rakendamisel peab olema tagatud ka pakkujate võrdne kohtlemine olenemata sellest,

¹²² Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 32.

¹²³ Läti riigihangete seaduse § 39 lg 1 p 5. – Arvutivõrgus: <http://www.iub.gov.lv/files/upload/pil11.02.2012.pdf> (23.04.2012).

millises liikmesriigis hankemenetlus korraldatakse või millisest liikmesriigist pakkuja pärineb. Siiski on sellisel määral pakkujate võrdse kohtlemise saavutamine Euroopa Liidu mastaabis küsitav, kuivõrd isikute otsene maksustamine, sh maksuvõla mõiste määratlemine, on ning ka tõenäoliselt jääb alati liikmesriikide pädevusse. Kuigi Euroopa Liidu riigihangete õigusega püüeldakse igakülgse ja universaalse pakkujate võrdse kohtlemise poole, jääb see selles valdkonnas paraku saavutamata ning sellest tulenevalt säilivad maksude ja maksete võlgade alusel hankemenetluses kõrvaldamisel liikmesriikidevahelised erinevused.

2.3. Pakkujatel maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise kontrolli teostamise ajalise mõõtme kaks aspekti

2.3.1. Kontrolli teostamise ajahetk

Direktiiv ei näe ette, millisel ajahetkel pakkujate maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmist kontrollida tuleb. Ka ei selgita direktiiv, millisel ajahetkel või toiminguga riigihankemenetlus algab ning lõpeb. Taaskord on nende küsimuste näol tegemist siseriikliku diskretsiooni ning kehtestamisvabadusega.

Eestis, nagu ka põgusalt magistritöö alguses mainitud, algab riigihankemenetlus hanketeate avaldamisega registris või hankedokumentide esitamisega huvitatud isiku(te)le väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korral (RHS § 29 lg 2). Seadus seob kõrvaldamise aluste kontrolli üldiselt hetkega, mil pakkumus on esitatud, sest arusaadavalt ei oma hankija enne teavet pakkujate ega ka vajalike dokumentide kohta. Eesti riigihangete seadus näeb ette, et maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmist tuleb pakkujail kontrollida kahel momendil. Esimene kontroll toimub pärast pakkumuse või kvalifitseerimise dokumentide esitamist. Esimest kontrolli teostatakse kõikidel pakkumuse või kvalifitseerimisdokumentid esitanud pakkujatel. Teist korda kontrollitakse maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmist ainult edukaks tunnistatud pakkuja(te)l ning seda hankija poolt määratud ajahetkel enne hankelepingu sõlmimist.

Kui näiteks sundlikvideerimise seisundi kontroll toimub pärast pakkumuse või kvalifitseerimisdokumentide esitamist ja selle hetke ehk kontrolli teostamise seisuga, siis maksude ja maksete tasumise kohustusele on Eesti seadusandja näinud ette erineva korra. Nimelt tuleb pakkujatel nende õigusaktidest tulenevate riiklike või nende elu- või asukoha kohalike maksude või sotsiaalkindlustuse maksete võla või tähtpäevaks tasumata jäetud

maksusummalt arvestatud intressi täitmise kohustusi kontrollida hankemenetluse algamise päeva seisuga (RHS § 38 lg 1 p 4). Hankemenetlus algab aga oluliselt varem kui pakkujad esitavad oma pakkumused: hankemenetluse alguseks on hanketeate avaldamise hetk riigihangete registris või väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korral pakkuja(te)le hankedokumentide esitamine. Rahvusvahelise hankemenetluse korral kohustab seadus hankijaid avaldama hanketeate vähemalt 52 päeva enne pakkumuste esitamise tähtpäeva (RHS § 35 lg 2). Siseriiklike hankemenetluste puhul on selleks tähtajaks vastavalt 15-22 päeva (RHS § 35 lg 7). Tähele tuleb panna, et seaduse sõnastuse kohaselt on kontrolli momendiks vaid üks päev, hankemenetluse algamise päev. Seega kontrollitakse hankemenetluses esimest korda pakkujate maksude ja maksete tasumise kohustust tagasiulatuvalt ning ühe päeva seisuga.

Sellise süsteemi eelisteks on tõepoolest asjaolud, et esiteks on maksude ja maksete kontrollimise ajahetk ehk päev, mida kõrvaldamise aluste kontrollimisel tagasiulatuvalt vaadeldakse, pakkuja jaoks ettenägematu ja kontrollimatu¹²⁴, mistõttu on selline tagasiulatuvalt kontroll objektiivne ja ausust tagav. Pakkujatel puudub võimalus vahetult enne pakkumuse esitamist maksude ja maksete tasumise kohustuste, sh võlgade, ajutiseks likvideerimiseks (välja arvatud hilisemalt magistritöös käsitletav maksudeklaratsiooni andmete muutmise), et osaleda konkreetses hankemenetluses, olles muul ajal enamuses võlglane. Tagasiulatuvalt kontrollimine sunnib pakkujaid, kelle huviks on pidev hankemenetlustel osalemine, järjekindlalt enda maksude ja maksete tasumise kohustusi täitma ning garanteerima, et neil puuduvad säärased võlgnevused. Sedasi võib öelda, et maksude ja maksete kõrvaldamise alus kui maksukäitumise edendaja ja riigihankemenetluse sekundaarne eesmärk on võrdlemisi tõhus.

Teieks eeliseks võib pidada seda, et kontrollides maksude ja maksete kohustuse täitmist kohe pakkumuse esitamise järgselt, on tagatud hankemenetluse menetlusökonoomika. Silmas peetakse seda, et hankemenetlusega ei „veeta kaasa“ neid pakkujaid, kes hilisemat kõrvaldamise aluste kontrolli ei läbiks, ega kontrollita nende kvalifikatsiooni ega pakkumuse vastavust, sest põhimõtteliselt on kõrvaldamise aluste esinemist võimalik kõikidel menetluses olevatel pakkujatel kontrollida ka näiteks vaid vahetult enne hankelepingu sõlmimist või teostada seda kontrolli vaid korra ning ainult edukal pakkujal, jättes ülejäänud pakkujatel nimetatud kontrolli eelnevalt üldse teostamata. Sellest tulenevalt väheneb hankija poolt asjatult tehtava töö hulk (ehk tagatakse riigihangete seaduse § 3 punktist 1 tuleneva põhimõtte

¹²⁴ Riigihangete seaduse eelnõu 665SE seletuskiri (viide 120), lk 10.

teist külge – hoitakse menetluse läbiviimisel kokku avalikku raha tulenevalt väiksemast töö hulgast) ning kontsentreerutakse neile pakkujatele, kes tõepoolest on kandidaadid hankelepingu võitmisele.

Euroopa Kohus on enda *Fabricom*'i kohtuasjas leidnud, et kui hankijal on pakkuja menetlusest kõrvaldamise informatsioon ja võimalus kõrvaldamiseks olemas, siis on keelatud selle otsuse tegemisega venitada näiteks kuni eduka pakkuja väljaselgitamiseni, kuna selliselt jätab hankija selle ettevõtja ilma võimalusest kasutada hankemenetluse alaseid õigusnorme hankija vastu selles etapis, mis on vaid hankija otsustuse pädevuses ja mida hankija võib vajadusel pikendada kuni selle hetkeni, kui õigusrikkumist ei ole enam võimalik heastada¹²⁵. Euroopa Kohtu selline seisukoht tähendab kokkuvõttes ka seda, et liikmesriigid peavad kõrvaldamise aluste kontrollimise rakendusküsimuste lahendamisel pidama lisaks hankija menetluskoormusele silmas ka pakkujate õigusi, mistõttu võib kõrvaldamise aluste kontrolli lükkamine näiteks eduka pakkumuse teinud pakkuja väljaselgitamiseni olla õigusvastane.

Euroopa Kohus avab ka maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise ajahetke küsimust, selgitades, et siseriiklikes normides peab olema määratletud, mis hetkeni või millise ajavahemiku jooksul peavad huvitatud isikud oma kohustuste täitmiseks maksed sooritama või tõendama, et tagantjärele korrigeerimise tingimused on täidetud. See tähtaeg võib olla eelkõige osalemistaotluse esitamise tähtaeg, hanketeate saatmise kuupäev, kandidaatide pakkumiste esitamise tähtaeg, hankija poolt pakkumuste hindamise kuupäev või ka pakkumuse vastuvõtmisele vahetult eelnev hetk¹²⁶. Kohus lisab täiendavalt, et kõikidele riigihankemenetlustele kehtivad läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted, mille kohaselt pakkumuse sisu ja hankemenetluses osalemist puudutavad tingimused peavad olema enne selgelt määratletud, nõuavad, et see tähtaeg peab olema määratletud absoluutse täpsusega ja avalikustatud, et huvitatud isikutele oleks menetluse nõuded täpselt teada ning nad oleksid kindlad selles, et samad nõuded kehtivad kõikide konkurentide jaoks. See tähtaeg võib olla sätestatud siseriiklikes õigusnormides või need võivad anda selle sätestamise õiguse hankijatele.¹²⁷

Seega nõuab Euroopa Kohus oma *La Cascina* otsuses, et kontrolli tegemise ajahetk on määratud siseriiklikus õiguses, see on absoluutse täpsusega määratletud ja avalikustatud.

¹²⁵ Euroopa Kohus, *Fabricom* (viide 107), p 44.

¹²⁶ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 31.

¹²⁷ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 32.

Kontrolli tegemise ajahetk võib olla sätestatud siseriiklikes õigusnormides või ka sätestatud hankija poolt. Selles valguses ei ole Eesti maksude ja maksete tasumise kohustuse regulatsioonile midagi ette heita. Maksude ja maksete kohustuse täitmise kõrvaldamise aluse kontrollimise ajahetk (hanketeate avaldamise päev ning pärast pakkuja edukaks tunnistamist ja enne hankelepingu sõlmimist hankija määratud päev) on määratud RHS § 38 lg 1 punktis 4 ja lõikes 1¹ ning on seega absoluutse täpsusega määratletud ning avalikustatud, kindlustamaks pakkujaile ja huvitatud isikuile, et samad nõuded kehtivad kõikide konkurentide jaoks. Tähelepanu tuleb pöörata, et esimene kontrollitav tähtpäev on paika pandud seaduse tasemel, kuid teise tähtpäeva määramine on jäetud hankija otsustada. Siiski on seadusandja ka siin kitsendanud hankija otsustamisvabadust, viidates sõnastuslikult sellele, et teise kontrolli päev peab jääma edukaks tunnistamise ja hankelepingu sõlmimise vahele, mis on RHS § 69 lõike 1 kohaselt tavapäraselt 14 päeva.

Ka Eesti kohtupraktikas on käsitletud kõrvaldamise aluste kontrollimise ajahetke küsimust. Pakkuja, kel oli hankemenetluse algamise päeva seisuga maksuvõlg, vaidlustas RHS § 38 lg 1 punkti 4 õiguspärasuse, väites, et säte on vastuolus põhiseaduse §-ga 11 ja RHS §-ga 1¹²⁸. Pakkuja oli seisukohal, et maksude ja maksete tasumise kohustust tuleks kontrollida pärast eduka pakkumuse esitanud pakkuja väljaselgitamist ning mitte varem, hanketeate avaldamise seisuga pärast pakkumuse esitamist. Pakkuja selgitas, et menetluses peaks olema lubatud osaleda ka neil pakkujail, kellel on menetluse alguses maksuvõlg, kuid kes selle enne hankelepingu sõlmimist ära tasuvad. Pakkuja leidis, et RHS § 38 lg 1 punkt 4 täidaks ka selliselt enda eesmärgi.¹²⁹ Vaidlustuskomisjon pakkujaga ei nõustunud. Tallinna Halduskohus nõustus aga vaidlustuskomisjoniga ning leidis lõppjärel duse, et RHS § 38 lg 1 punktis 4 sätestatud ajahetk maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise kontrollimiseks on õiguspärane, kuna sättes esitatud tingimus on kohane ja vajalik, tagamaks avalike vahendite eesmärgipärast kasutamist ning pakkuja võimet hankelepingut nõuetekohaselt täita, mida ei saa eeldada maksuvõlglaste puhul¹³⁰.

Nagu ülal välja toodud, on kõiki teisi RHS § 38 lõikes 1 sätestatud kohustuslikke kõrvaldamise aluseid võimalik kontrollida arvates pakkumuste või kvalifitseerimisdokumentide esitamisest kuni hankelepingu sõlmimiseni: hankija võib teostada nii iseseisvaid kontrole kui ka reageerida näiteks konkurentidelt saabuvatele

¹²⁸ Riigihangete vaidlustuskomisjon 03.11.2011, nr 205-11/122880, p 3.5.

¹²⁹ Tallinna halduskohus 27.12.2011, nr 3-11-2644, p 8.

¹³⁰ Tallinna halduskohus (viide 129), p 30.

vihjetele. Maksude ja maksete kohustuse täitmise kõrvaldamise alus on ainus, mil hankijal puudub nii õigus kui ka kohustus väljaspool seaduses sätestatud kahte ajahetke pakkujaid maksude ja maksete tasumise kohustuse kõrvaldamise aluse alusel hankemenetlusest välja arvata. Teiste kõrvaldamise aluste kontrolli võib teha kuni hankelepingu sõlmimiseni, maksude ja maksete puhul vaid ettenähtud aegadel ja korras. Kokkuvõttes võib aga järeldada, et Eesti maksude ja maksete täitmise kohustuse kontrollimise kõrvaldamise alus kontrollitava ajahetke osas vastab Euroopa Kohtu otsuses väljatoodud eeldustele ja on sellega kooskõlas.

2.3.2. Maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise aeg

Euroopa Kohtu *La Cascina* kohtuasjas küsis Kreeka kõrgeim halduskohus, kas maksude ja maksete tasumise kohustused peavad olema lõpuni täidetud pakkumuse esitamise hetkel või hiljemalt hankelepingu sõlmimiseks. Siinkohal pidas Kreeka kõrgeim halduskohus küsimust Eesti konteksti üle kandes silmas näiteks maksuvõla ajatamist. Euroopa Kohus leidis, et direktiivist tuleneva mõiste „on täitnud oma kohustused” sisu määratlemisel viitab maksude ja maksete tasumise vabatahtliku kõrvaldamise aluse säte liikmesriikide siseriiklikele õigusnormidele ning kuna ühenduse seadusandja ei ole soovinud selle artikli kohaldamise ühtlustamist ühenduse tasandil, on loogiline järeldada, et sama viidet siseriiklikele sätetele kasutatakse ka asjassepuutuva hetke määratlemise suhtes¹³¹.

Euroopa Kohus lisas samas otsuses, et maksude ja maksete tasumise kohustuse täitnuks tuleb lugeda pakkuja, kes on selleks tähtjaks, mille liikmesriik on kontrollimise hetkena kehtestanud, teinud kõik oma sotsiaalkindlustusmaksete võlgade ja maksuvõlgadega seotud maksed, välja arvatud tagantjärele korrigeerimise ja halduskaebuse või kohtuliku kaebuse esitamise juhud. Ainult tasumise alustamisest käsitletaval hetkel või tasumise kavatsuse tõendamisel või veel pärast seda hetke korrigeerimiseks vajalike rahaliste vahendite olemasolu tõendamisel ei piisa, kuna see rikuks kandidaatide võrdse kohtlemise põhimõtet.¹³²

Seega peab pakkuja olema siseriiklikult kindlaks määratud kõrvaldamise aluse kontrollitaval ajahetkel tasunud kõik endal lasuvad maksude ja maksete tasumise kohustused. Lisaks peab pakkujale vajadusel olema lubatud tasuda ajatatult ehk kokkulepitud maksegraafiku alusel. Juhul, kui pakkuja ei ole suutnud nimetatud tähtpäevaks maksude ja maksete tasumise

¹³¹ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 30.

¹³² Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 33.

kohustusi täita, võib hankija nad kõrvaldamata jätta vaid juhul, kui pakkujad võivad oma olukorda korrigeerida tagantjärele:

- riigi võetud karistusest vabastamise või maksusummat vähendavate või tühistavate meetmete alusel või
- halduskokkuleppe alusel osade kaupade tasumise või võlgade vähendamise kohta või
- halduskaebuse või kohtuliku kaebuse esitamise alusel,

tingimusel, et ta tõendab siseriiklikes õigusnormides või halduspraktikaga kehtestatud tähtsate jooksul, et tema suhtes on selliseid meetmeid või kokkuleppeid kohaldatud või et ta on selle tähtsate jooksul esitanud sellise kaebuse.¹³³

RHS § 38 lg 1 punktiga 4 lubatakse hankemenetluses osaleda ka neil pakkujail, kellel ei ole kõik maksude või maksetega seotud kohustused hankemenetluse päeva seisuga täidetud. Hankemenetluses võib osaleda isik, kelle maksuvõla tasumine on ajatatud kuni kuueks kuuks või kui maksuvõla tasumine on lubatud pikemal perioodil kui kuus kuud, tingimusel, et selline ajatamine on täies ulatuses tagatud. Vaadates Eesti sellist regulatsiooni läbi Euroopa Kohtu *La Cascina* kohtuotsuse, tuleb järeldada, et maksude ja maksete täitmise kohustuse ajaline määrand on kooskõlas Euroopa Liidu riigihangete õigusega.

Eelnevat kokku võttes võib öelda, et Eesti riigihangete seaduses sisalduv maksude ja maksete alusel kõrvaldamist reguleeriv õigusnorm on sisulises osas kooskõlas Euroopa Kohtu magistratöös viidatud otsustega. Ometigi on praktilisest seisukohast esitatud väiteid, nagu oleks RHS § 38 lõike 1 punkti 4 näol tegemist sisutühja ja rakendamatu sättega¹³⁴. Kuivõrd õigusnormi tasemel ei ole sättele midagi ette heita, tuleb järeldada, et õigusnormi sõnastuse tasemel toimiv säte ei saa reaalses elus täita oma eesmärki, kui selleks puudub vajalik tugisüsteem rakendamistingimuste näol (näiteks pakkujate maksukäitumise kohta tõeste andmete saamine või nendele tuginemine). Maksude ja maksete täitmise kohustuse rakendustingimustega seotud probleematikat analüüsib magistratöö autor järgmises alapeatükis.

2.4. Rakendamispäritika Eestis

¹³³ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 40.

¹³⁴ M. Mihkelson. *Maksuvõlg riigihangetes*. Tallinn: Rahandusministeerium, 2011. – Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-5301.pdf (17.04.2012).

Nagu eelnevalt viidatud, nõuab riigihangete seadus, et hankija kõrvaldaks hankemenetlusest pakkuja, kes ei ole nõuetekohaselt täitnud riiklike¹³⁵ või kohalike maksude¹³⁶ tasumise kohustust (RHS § 38 lg 1 p 4). Vaidlused Eesti praktikas on tingitud aga riigihangete-, maksu- ja haldusõiguse ristumisest.

Hankija on hetkel kehtiva riigihangete seaduse alusel kohustatud kontrollima pakkujate maksukäitumist kahel momendil. Esimene kontroll tuleb hankijal läbi viia pärast pakkumuste esitamist ja avamist. Maksukäitumist kontrollitakse kõikidel pakkumuse esitanud pakkujatel ning vaatluse all on vaid üks päev: hanketeate avaldamise ehk hankemenetluse algamise päeva seis. Kui pakkujal sellel päeval maksevõlgnevus riigihangete seaduse tähenduses puudus, saab pakkuja hankemenetluses jätkata ja liigub järgmisesse, kvalifitseerimise etappi. Teine kontroll teostatakse alles hankemenetluse lõppfaasis, mil kontrollitakse vaid eduka pakkuja maksukäitumist hankija poolt valitud kuupäeval (RHS § 38 lg 1¹). Kui esitatud Maksu- ja Tolliameti tõendilt nähtub, et pakkujal oli nimetatud hetkel maksuvõlg riigihangete seaduse tähenduses, on hankija kohustatud ilma kaalutlusõigust omamata pakkuja hankemenetlusest kõrvaldama. Vaidlused saavadki alguse sellel hetkel, kui hankija kõrvaldab hankemenetlusest pakkuja, kelle kohta on olemas kehtiv maksutõend, millelt nähtub maksuvõlg.

Kuigi haldusmenetluse seaduse¹³⁷ § 2 punkt 2 sätestab, et riigihankemenetluse näol ei ole tegemist haldusmenetlusega haldusmenetluse seaduse mõttes, alluvad riigihankemenetluses tehtud otsused siiski haldusmenetluse seaduses sätestatud haldusakti vormistamise regulatsioonile. Haldusmenetluse seaduse § 2 punkt 2 viitab asjaolule, et riigihangete läbiviimise jaoks on riigihangete seaduses sätestatud erikord, mille puhul ei ole võimalik kohaldada haldusmenetluse seaduses sätestatud haldusmenetluse läbiviimise sätteid. Asjaolule, et riigihankemenetluses tehtud otsused on haldusaktid haldusmenetluse seaduse § 51 lõike 1 tähenduses ning alluvad seeläbi ka haldusmenetluse seaduses sätestatud haldusakti vormistamise nõuete regulatsioonile, on mitmel korral viidanud ka Riigikohus¹³⁸.

¹³⁵ Maksukorralduse seaduse § 3 lõikest 2 tulenevalt saab riiklike maksude osas olla hankemenetlusest kõrvaldamise aluseks üksnes tulumaksu, sotsiaalmaksu, maamaksu, hasartmängumaksu, käibemaksu, tollimaksu, aktsiiside ja raskeveokimaksu kohustuse mittenõuetekohane täitmine. – RT I 2002, 26, 150 ... RT I, 22.12.2011, 38.

¹³⁶ Kohalike maksude seaduse § 5 loetleb võimalike vallavolikogu poolt kehtestatavate kohalike maksudena reklaamimaksu, teede ja tänavate sulgemise maksu, mootorsõidukimaksu, loomapidamismaksu, lõbustusmaksu ja parkimistasu. – RT I 1994, 68, 1169 ... RT I, 30.12.2011, 8.

¹³⁷ Haldusmenetluse seadus. – RT I 2001, 58, 354 ... RT I, 23.02.2011, 8.

¹³⁸ Riigikohtu halduskolleegium 04.10.2006, nr 3-3-1-58-06, p 12 ja 26.03.2008, nr 3-3-1-7-08, p 13.

Siinkohal on oluline välja tuua, et haldusakt on haldusmenetluse seaduse § 54 kohaselt õiguspärase, kui ta on antud pädeva haldusorgani poolt andmise hetkel kehtiva õiguse alusel ja sellega kooskõlas, proportsionaalne, kaalutusvigadeta ning vastab vorminõuetele. Seega, kui hankija kõrvaldab pakkuja riigihangete seaduse § 38 lõike 1 punkti 4 alusel hankemenetlusest, on tegemist haldusaktiga, mis peab vastama haldusmenetluse seaduse §-s 54 sätestatule. Eelkõige peab haldusakt tuginema konkreetsele seaduse sättele, mis võimaldab haldusakti andmist (maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmata jätmise korral näiteks RHS § 38 lg 4 p 1) ning tuginema haldusakti andmise hetkel tõestele faktilistele asjaoludele (haldusmenetluse seaduse § 56 lg 2).

Siinkohal kerkib eelnevalt viidatud riigihangete ja haldusõiguse kõrvale ka maksuõigus. Õiguskirjanduse kohaselt on maksudeklaratsioon maksuhaldurile esitatav maksu arvutamise dokument, mille esitamise kohustus tuleneb seadusest. Eestis on maksudeklaratsioon kõige olulisem maksu määramise alusdokument ning valeandmete esitamist maksudeklaratsiooni nimetatakse maksu väärarvutuseks, mis on karistatav.¹³⁹ Maksukorralduse seaduse¹⁴⁰ § 89 kohaselt on maksukohuslasel kohustus parandada juba esitatud maksudeklaratsiooni, mis on aluseks tasumisele kuuluva maksusumma arvutamisele. Kuigi maksukorralduse seaduse § 89 lõiked 1 ja 2 käsitlevad maksudeklaratsiooni muutmist maksukohuslase kohustusena¹⁴¹, on maksudeklaratsiooni muutmisele kui maksukohuslase õigusele viidanud ka Riigikohus¹⁴². Kuna maksusumma määramise aegumistähtaeg on maksukorralduse seaduse § 98 lõike 1 alusel kolm aastat, tähendab see praktikas seda, et maksukohuslasel ehk riigihangete mõttes pakkujal on võimalik kolme aasta jooksul parandada esitatud maksudeklaratsiooni. Sellest tulenevalt võib aga muutuda ka see, kas pakkuja oli mingisugusel ajahetkel maksuvõlglane või mitte.

¹³⁹ Lehis, L. Maksuõigus. Tallinn: Juura 2009, lk 167.

¹⁴⁰ Maksukorralduse seadus. – RT I 2002, 26, 150 ... RT I, 22.12.2011, 38.

¹⁴¹ § 89. Deklaratsiooni parandamine

(1) Kui maksukohustuslane enne maksusumma määramise aegumist (§ 98) avastab, et tema poolt või tema nimel esitatud deklaratsioonis esinevate vigade või andmete puudulikkuse tõttu on deklareeritud maksusumma väiksem maksuseaduse alusel tasumisele kuuluvast maksusummast, teavitab ta sellest viivitamata maksuhaldurit kirjalikult. Maksuseadustes, tollieeskirjades ja selle alusel kehtestatud määrustes võib sätestada juhud, mil maksukohustuslane peab:

- 1) taotlema deklaratsiooni muutmist või kehtetuks tunnistamist;
- 2) korrigeerima maksusummat edaspidi esitatavates deklaratsioonides;
- 3) esitama parandatud, õigete andmetega deklaratsiooni.

(2) Käesoleva paragrahvi lõikes 1 nimetatud kohustus laieneb ka maksukohuslase õigusjärglasele või pärandvara hooldajale.

¹⁴² Riigikohtu halduskollegium 05.03.2009, nr 3-3-1-91-08, punkt 12: „Maksukohuslasel on õigus aegumistähtaja jooksul maksudeklaratsiooni parandada korduvalt niikaua kuni selles deklaratsioonis deklareeritava maksukohustuste kohta ei ole tehtud maksuotsust.“

Praktikas on tekkinud olukord, kus pakkujad, avastades, et neil oli hankija poolt hankemenetluses kontrollitaval ajahetkel maksuvõlg, mis tähendab pakkuja kõrvaldamist kogu hankemenetlusest, muudavad maksudeklaratsiooni, et mitte saada hankemenetlusest kõrvaldatud. Riigihangete vaidlustuskomisjoni ning kohtutesse jõudnud vaidluste puhul on hankija pakkuja kõrvaldanud, kuna koos pakkumusega esitatud Maksu- ja Tolliameti tõendilt nähtus, et pakkuja oli nimetatud ajal maksuvõlglane. Vaidluse alates on aga pakkuja muutnud maksudeklaratsiooni ning esitab vaidlustuskomisjonile või kohtule uue tõendi, millelt nähtub, et kontrolli hetkel pakkujal tegelikult maksuvõlg puudus.

Seega on tekkinud olukord, kus hankija on teinud haldusaktilise otsuse, tuginedes korrektsale õiguslikule alusele ning talle haldusakti andmise ajal teadaolevatele faktilistele asjaoludele. Haldusakti õigusvastasus saab aga tuleneda sellest, kui on rikutud üht või mõnda haldusakti materiaalse ja formaalse õiguspärasuse eeldust¹⁴³. Järelikult on kohane väita, et hankija on teinud riigihankemenetluse raames õiguspärase haldusaktilise otsuse: kõrvaldada pakkuja, kellel esineb RHS § 38 lõike 1 punktis 4 nimetatud kõrvaldamise alus.

Sellise järeldusega nõustus näiteks Tallinna Halduskohus¹⁴⁴, sedastades et, „samuti nagu on välistatud pakkuja poolt pakkumuses esitatud andmetega hilisem manipuleerimine, peab olema välistatud ka võimalus manipuleerida (olgu õiguspäraselt või õigusvastaselt) andmetega, mille alusel tuvastatakse pakkuja vastavus riigihangete seaduses sätestatud nõuetele. Kohus nõustub /.../ seisukohaga, et varasematel perioodidel maksuhaldurile valesid andmeid sisaldanud deklaratsioonide esitamisega seotud riski kannab vastustaja [pakkuja], mitte aga kolmas isik [hankija]“. Sellest tulenevalt saab hankija kindel olla, et otsus, mille ta tegi pakkuja kõrvaldamise kohta, ei saa muutuda õigusvastaseks ka vaidluse või kohtumenetluse käigus.

Siiski on vaidlustuskomisjon ja ka kohus lõppastmes jõudnud erinevale seisukohale. Vaidlustuskomisjon on maksukäitumise kontrolli puudutavates vaidlustes jõudnud ühesele seisukohale, et kui pakkuja esitab vaidlustusmenetluse käigus hilisema kuupäevaga Maksu- ja Tolliameti tõendi, millelt nähtub, et pakkujal puudus (maksudeklaratsiooni muutmise või parandamise tõttu¹⁴⁵) maksuvõlg, on hankija haldusakti andmisel eksinud ning haldusakt on

¹⁴³ Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 272.

¹⁴⁴ Tallinna halduskohus 24.11.2009, nr 3-09-1704.

¹⁴⁵ Näiteks muutis pakkuja tagant järgi maksudeklaratsiooni hankija poolt vaadeldaval perioodil 8 korda. Riigihangete vaidlustuskomisjon 22.10.2010, nr 202-10/118658.

õigusvastane. Sellest tulenevalt on hankija kohustatud pakkuja taaslülitama hankemenetlusse. Näiteks on vaidlustuskomisjon viidanud oma otsustes¹⁴⁶ pakkuja maksukorralduse seadusest tulenevale õigusele muuta või parandada maksudeklaratsioone ning asunud seisukohale, et vaatamata kõrvaldamise ajal esinenud faktilistele asjaoludele on hankija otsus kõrvaldamise kohta ebaõige. Sellise lähenemisega on nõustunud ka Tallinna Ringkonnakohus¹⁴⁷ ning ilma asja sisuliselt läbivaatamata Riigikohus¹⁴⁸.

Ringkonnakohus selgitas¹⁴⁹, et „ta ei nõustu halduskohtu käsitlesega, et juhul, kui mingil hankemenetluse hetkel on maksukohustuslaste registris kajastatud maksuvõlg, mis hilisemate sündmuste tõttu osutub ebaõigeks informatsiooniks, tuleks pakkuja menetlusest kõrvaldada“. Ringkonnakohus jätkab: „Nii, nagu maksuvõla puhul ei saa hankija asuda hindama, mis asjaoludel võlg tekkinud on, pole ka praegusel juhul hankijal volitust pärida ega hinnata, mis asjaoludel pakkuja käibedeklaratsiooni andmeid muutis. Kui maksukorralduse seadus (§ 89) ja käibemaksuseadus (§ 27) sellised võimalused maksukohustuslasele ette on näinud, pole sellise õiguse kasutamist põhjust käsitleda hankemenetluses lubamatu manipuleerimisena. Volitus maksude arvestamise ja tasumise õiguse kontrollimiseks on Maksu- ja Tolliametil“.

Riigihanke õiguse teoreetilisel tasandil tekib eelnevalt käsitletud ringkonnakohtu otsusest mitu küsimust. Esimesena tuleb küsida, mis on RHS § 38 lõike 1 punktis 4 sätestatud kõrvaldamise aluse eesmärk ning kas kohtu selline sätte tõlgendamine on kooskõlas sätte olemuse ja eesmärgiga? Teiseks tõstatub küsimus Euroopa Liidu riigihankeõiguse ja siseriikliku maksuõiguse mitte küll otsese vastuolu, kuid tõsise ebakõla pinnalt: arvestades Eesti riigihankeõiguse tugevat seotust Euroopa Liidu riigihankeõiguse ning Euroopa Liidu mitmete toimimise aluspõhimõtetega, kas Eesti siseriiklik maksuõigus peaks sellise vaidluse puhul taanduma või vähemalt pakkuma välja lahendustee, tagamaks kõrvaldamise aluse eesmärgipärast rakendamist?

Nõustuda saab ringkonnakohtu järeldusega, et volitus maksude arvestamise ja tasumise õiguse kontrollimiseks on Maksu- ja Tolliametil. Siiski tuleb silmas pidada, et kuigi hankijal

Riigihangete vaidlustuskomisjon 02.08.2011, nr 150-11/124941.

Riigihangete vaidlustuskomisjon 27.04.2011, nr 72-11/123789.

¹⁴⁶ Riigihangete vaidlustuskomisjon 20.04.2010, nr 61-10/115652.

Riigihangete vaidlustuskomisjon 26.03.2010, nr 49-10/115177.

¹⁴⁷ Tallinna Ringkonnakohtu 30. novembri 2010. aasta otsus nr 3-10-2480/77.

¹⁴⁸ Riigikohtu 22. veebruari 2011. aasta lahend nr 7-1-3-693-10 mitte menetleda kassatsioonkaebust

¹⁴⁹ Tallinna ringkonnakohus (viide nr 147). Otsus jõustus Riigikohtu 22.11.2011 lahendiga nr 7-1-3-693-10 mitte menetleda kassatsioonkaebust.

puuduvad Maksu- ja Tolliameti volitused, on hankemenetlused puudutatud maksuõiguse küsimustest.

Tallinna Halduskohus on väljendanud, et hankija saab lähtuda ja peabki lähtuma üksnes Maksu- ja Tolliameti väljastatud ametlikust tõendist, ilma et tal tuleks tõendis märgitud maksuvõlgade puudumise kinnituse õigsuses igakordselt asjatult kahelda¹⁵⁰. Vaidluste esemetest nähtuvalt on praktikas hankijate jaoks küsimus just selles, et väljastatud tõenditele tuginedes tehtud kõrvaldamise otsused ei garanteeri, et otsus oleks õiguspärane. Ka vaidlustuskomisjon möönab¹⁵¹, et riigihangete seaduse regulatsioon, koosmõjus maksuõigusliku regulatsiooniga, riivab hankija õiguspärast ootust talle andmekogu kaudu kättesaadavatele faktilistele andmetele tuginevate otsuste kehtivusele, kuna seab selle sõltuvusse maksuhalduri poolt kogutava ja avaldatava teabe võimalikust muutumisest hankemenetluse vältel. Vaidlustuskomisjon lisab, et pakkuja õigustatud huvi osaleda hankemenetluses kaalub siiski üles hankija huvi õiguskindluse vastu oma otsuste suhtes. Riigihangete seaduse eesmärgiks on muuhulgas olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine, mis eeldab võimalikult suure hulga pakkujate osalemist riigihankes. Sellest lähtuvalt ei saa olla seaduse mõttega kooskõlas sellise pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine, kellel on ilmnunud hankemenetlusest kõrvaldamise alused ekslikult ja kõrvaldamise aluste puudumine on faktiliselt tuvastatud.¹⁵²

Ringkonnakohtu järelausega, et hankijal puudub volitus pärida ja hinnata, mis asjaoludel pakkuja käibedeklaratsiooni andmeid muudeti, pole võimalik lõpuni nõustuda. Arvestades maksukohuslase kohustust muuta maksudeklaratsiooni juhul, kui ta avastab selles puudusi ning mitte piiramatut õigust seda muuta, on hankija huvi maksudeklaratsiooni muutmise põhjuste vastu enam kui õigustatud. Seda just seetõttu, et maksukorralduse seaduses sätestatud kohustus ning Riigikohtu poolt õigusena tõlgendatud võimalus – muuta maksudeklaratsioone – loob pakkujatele ebaausa võimaluse hiilida kõrvale nii riigihangete seaduses sätestatud kõrvaldamise alusest kui ka selle eesmärgist. Tagajärjeks on hankemenetluste moonutatud konkurents, mis on aga otseses vastuolus riigihanke põhimõttega edendada, mitte moonutada konkurentsi.

¹⁵⁰ Tallinna halduskohus 10.02.2010, nr 3-09-1844.

¹⁵¹ Riigihangete vaidlustuskomisjon 02.08.2011, nr 150-11/124941, p 11.

¹⁵² Riigihangete vaidlustuskomisjon (viide 151), p 11.

RHS § 38 lg 1 punktis 4 sätestatud pakkujate kõrvaldamise eesmärgiks on tagada, et hankemenetluses ei saaks osaleda pakkujad, kes on olnud riiklike või kohalike maksude maksmisel ebaausad või mitte järjepidevad. Positiivsena sõnastatult, eesmärgiks on hankemenetlustel lubada osaleda ja maksumaksja rahast osa saada vaid neil pakkujatel, kes on ausalt täitnud kõik riiklike ja kohalike maksude ning sotsiaalkindlustusmaksete kohustused. RHS § 38 lg 1 p 4 on säte, mis võimaldab hankijal riigi kui maksukoguja huvide kaitsmiseks sõlmida tasuvaid riigihankelepinguid üksnes ettevõtjatega, kes on oma mitmesugused maksud eelnevalt tasunud¹⁵³. Säte ei ole ka loodud pakkuja maksevõime tagamiseks, vaid pigem vältimaks, et selline pakkuja saab maksude või sotsiaalkindlustusmaksete tasumata jätmisest oma konkurentide suhtes lubamatu eelise riigihankelepingu saamiseks¹⁵⁴. Lisaks, nagu ka eelnevalt mainitud, on riigihangete õigus üheks valitsuse poliitikate elluviimise vahendiks, millest saab välja lugeda valitsuse ja seadusandja taotlusi seoses riigihangetega külgnevate valdkondadega. RHS § 38 lg 1 punkti 4 osas saab seadusandja alampüüdluseks olla lisaks eeltoodule vaid ettevõtjate maksukäitumise edendamine: sätestades riigihangetel osalemise piirangu kõrvaldamise aluse näol, motiveerib seadusandja seeläbi ettevõtjat olema hoolas ja aus maksumaksja.

Ülaltoodud analüüsist nähtus, et riigihankelepinguid on siiski võimalik saada ka neil pakkujail, kes aususe asemel kasutavad ära maksukorralduse seaduse sätte tõlgendamise riigihankeõiguslikke lahendusi mitte silmas pidavat praktikat ning kavalust. Seda on neil aga vaja teha seetõttu, et nad on jätnud täitmata maksude või sotsiaalkindlustusmaksete tasumise kohustused. Eelnevast tuleb järeldada, et RHS § 38 lg 1 punkti 4 selline kohaldamispraktika ei ole kooskõlas samas õigusnormis sätestatud kõrvaldamise aluse eesmärgiga.

Eesmärk on täidetud vaid nende pakkujate puhul, kes juba niigi täidavad tähelepanelikult riiklike ja kohalike maksude ning sotsiaalkindlustusmaksete tasumise kohustusi. Nende pakkujate puhul, kellede jaoks seadusandja maksude ja maksete tasumise kohustuse kõrvaldamise aluse üldse kehtestab, see paraku ei tööta – nähtavasti ei tunne ebaausad pakkujad sellest tulenevalt motivatsiooni ja ei tasu endal lasuvaid maksude ja maksete kohustusi, vaid muudavad maksudeklaratsiooni. Sotsiaalkindlustusmaksete ja maksudega seonduvad kohustused täitmata jätnud ettevõtjate kõrvaldamine on seega õigustatud

¹⁵³ Euroopa Kohus, *La Cascina*, kohtujurist Poiares Maduro ettepanek (viide 106), punkt 23.

¹⁵⁴ Euroopa Kohus, *La Cascina*, kohtujurist Poiares Maduro ettepanek (viide 106), punkt 24.

konkurentidevaheliste võrdsete võimaluste rikkumise riski tõttu, mis võib esineda, kui hankes osalevad ettevõtjad, kes on oma õigusjärgsed kohustused täitmata jätnud¹⁵⁵.

Magistritöö autor püstitas eelnevalt ka järgmise küsimuse: arvestades Eesti riigihankeõiguse tugevat seotust Euroopa Liidu riigihankeõiguse ning Euroopa Liidu mitmete toimimise aluspõhimõtetega, kas Eesti siseriiklik maksuõigus peaks sellise vaidluse puhul taanduma või vähemalt pakkuma välja lahendustee, tagamaks kõrvaldamise aluse eesmärgipärast rakendamist?

Euroopa Kohus on mitmel korral pidanud arutama maksude ja maksete tasumata jätmisega seotud kõrvaldamise aluste rakendamist. La Cascina kohtuasjas leidis Euroopa Kohus, et kõrvaldamise aluste rakendamise küsimused on direktiiviga jäetud liikmesriigi lahendada¹⁵⁶. Euroopa Kohus viitab, et arvestades sätte sõnastust „ei kavatsenud direktiivi autorid anda sellele fraasile „kes on täitmata jätnud [...] kohustused” ühenduses iseseisvat tähendust, vaid viitasid selles osas siseriiklikele õigusnormidele. Seega tuleb nende kohustuste sisu ja ulatus ning täitmise tingimused määratleda viimati nimetatud õigusnormides“.¹⁵⁷ Kokkuvõttes usaldati direktiiviga sätestatud kõrvaldamise aluse rakendamine liikmesriikidele. See tähendab aga ka seda, et kui liikmesriigid on otsustanud vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid rakendada, on nad kohustatud oma rakendusmeetmetega tagama ka sätte praktilise toimimise ning kõrvaldamise aluse eesmärgi saavutamise, loomata sealjuures võimalusi pakkujate ebavõrdseks kohtlemiseks.

Osaliselt aitaks käesolevas alapeatükis käsitletud vaakumit lahendada maksude ja maksete täitmise kohustuse kui kohustusliku kõrvaldamise aluse vabatahtlikuna kehtestamine, nagu direktiiv seda ette näeb. Sellisel juhul oleks hankijal teatud tingimustel võimalik pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada valeandmete esitamise alusel, viidates andmetega manipuleerimisele ning pakkuja sellest tulenevale ebausaldusväärsele. Valeandmete regulatsioon RHS § 38 lg 1 punktis 6 viitab, et kõrvaldamise alus on rakendatav nii kõrvaldamise aluste eneste kohta esitatava informatsiooni kui ka kvalifikatsiooni tõendavate teabe ebakorrektsuse korral.

¹⁵⁵ Euroopa Kohus, *La Cascina*, kohtujurist Poiares Maduro ettepanek (viide 106), punkt 24.

¹⁵⁶ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 21.

¹⁵⁷ Euroopa Kohus, *La Cascina* (viide 68), p 25.

Tähelepanu tuleb pöörata ka sellele, et kuna kõrvaldamise aluseid kontrollitakse igal pakkujal eraldi, siis ei ole sarnaselt kvalifikatsiooni tõendamisele RHS § 40 lg 3 ning § 41 lg 6 ja 8 alusel võimalik tugineda teiste isikute näitajatele. Kui menetluses osaleval pakkujal on kõrvaldamise alused täidetud, ei saa ta neid teise isiku näitajatele tuginedes olematuks muuta. Kuna Eesti riigihangete seadus alltöövõtjaid enam seaduse tasandil ei nimeta, ei tule kontrollida ka alltöövõtjatel kõrvaldamise aluste esinemist. Seetõttu oleks maksuvõlglasest pakkujal võimalik hankemenetluses osaleda vaid juhul, kui ta on pakkumuse täitmisesse kaasatud alltöövõtjana. Kuigi sellisel viisil on maksuvõlglasest pakkujal võimalik teatud moel hankemenetlusesse kaasatud olla, on tema võimalus saada endale kogu hankelepingu tulu oluliselt ahendatud. Ka võiks oletada, et selliste skeemide loomine ei ole pikemas perspektiivis jätkusuutlik, mistõttu võiks maksuvõlgadega alltöövõtja olla ise huvitatud maksuvõla tasumisest.

Kuna direktiivist tulenevalt on maksude ja maksete kohustuse täitmata jätmise alusel pakkujate kõrvaldamine vabatahtlik ehk kui hankemenetluse eesmärk ja lepingu seda võimaldavad, siis ei ole maksuvõlglaste vältimatu kõrvaldamine alati vajalik. Seega ei välistata direktiivist tulenevalt põhimõtteliselt seda, et hankelepingut oleks võimalik võita isikul, kellel on teatavas ulatuses maksuvõlgasid. Sama argumenti tuleb silmas pidada ka alltöövõtjate puhul, kes leiavad pakkumuse esitamiseks mõne partneri või muu juriidilise keha, kellel maksuvõlad puuduvad. Kuna Eestis on 2000. aastast arvates peetud maksude ja maksete kohustused täitmata jätnud pakkujat hankemenetluses kõlbmatuks, on selline lähenemine tõenäoliselt Eesti hankijatele ootamatu ja ehk ka arusaamatu. Siiski tuleb taas meenutada, et riigihangete peamine eesmärk on hankida hankijale vajalikke asju, teenuseid või ehitustöid ja edendada konkurentsi, mitte olla vahetult maksuõiguse tööriistaks maksukohuslaste kasvatamisel.

Kokkuvõte

Magistritöö peamine eesmärk oli välja selgitada, kas Eesti rakendab hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid õigesti. Magistritöö hüpotees, et Eesti riigihangete seaduses sätestatud kõrvaldamise aluste regulatsioon on osaliselt kooskõlas Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste instituudiga, leidis magistritöö käigus kinnitust. Eesti kohustuslikke kõrvaldamise aluseid käsitlev regulatsioon on kooskõlas Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste instituudiga, kuid vabatahtlike kõrvaldamise aluste regulatsioon ei ole kooskõlas Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste instituudiga. Seega on Eesti kõrvaldamise aluste regulatsioon osalises kooskõlas Euroopa Liidu kõrvaldamise aluste regulatsiooniga ning magistritöö peamist eesmärki silmas pidades tuleb öelda, et Eesti rakendab hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid osaliselt õigesti.

Kõrvaldamise aluste olemuse võib lühidalt kokku võtta järgmiselt. Kõrvaldamise aluste rakendamise näol on tegemist pakkuja diskvalifitseerimisega, mis takistab pakkujal teatud tegevuste sooritamist ning hoiab pakkujaid toime panemast õigusrikkumisi, toetades seeläbi teatud poliitikasuundumusi. Kõrvaldamise aluste üldisteks eesmärkideks on avaliku ehk maksumaksja raha kaitsmine, väärtuste (nagu ausus ja lojaalsus) edendamine ning ka avalikkuse ehk maksumaksja usalduse hoidmine. Kõrvaldamise aluseid üksikutena vaadeldes võib neil olla lisaks eelnevalt kirjeldatud eesmärkidele ka muid eesmärke. Maksude ja maksete täitmise kohustuse vabatahtliku kõrvaldamise aluse eesmärgiks on kindlasti näiteks ka pakkujate üleüldine maksukäitumise edendamine, võimaldamata samas makse mitte maksvatel pakkujatel riigihangetel osalemisel maksude mittetasumisest eeliseid saamast.

Maksude ja maksete tasumise kohustus olnud Eesti riigihangete seaduses kohustuslikuks kõrvaldamise aluseks alates 2000. aastast. Ka hetkel kehtiv riigihangete seadus ei jäta hankijaile kaalutlusõigust, kui küsimus puudutab riiklike või kohalike maksude või sotsiaalkindlustusmaksete tasumata jätmist. Magistritöö käigus selgus, et direktiiv näeb maksude ja maksete tasumise kohustuse kõrvaldamise aluse ette vabatahtlikuna. Tuginedes direktiivi sätte sõnastusele ja Euroopa Kohtu vastavale praktikale, jõudis magistritöö autor järeldusele, et liikmesriikidele on direktiiviga jäetud vaid kõrvaldamise aluste rakendamistingimuste reguleerimisõigus, kuid neil puudub õigus direktiivis kirjapandud kõrvaldamise aluste katalooge täiendada või rakendada direktiivis kehtestatust rangemana.

Seega on Eesti kohaldanud ebaõigesti vabatahtlike kõrvaldamise aluseid, laiendades neid kvalitatiivselt ehk kehtestades rangemalt kui direktiivis lubatud. Seeläbi saab igakordselt kahjustada konkurentsi edendamise põhimõtte kui riigihangete õiguse aluspõhimõtte, kuna iga kord, kui pakkuja Eestis maksude ja maksete tasumise kohustuse rikkumise tõttu kohustuslikus korras hankemenetluselt kõrvaldatakse, oleks hankijal õigus kõrvaldamist diskretsiooniotsusena kaaluda.

Magistritöö autor jõudis seisukohale, et Eesti vastav praktika ei ole kooskõlas Euroopa Liidu maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise kõrvaldamise aluste instituudiga. Puudujäägina tuleb nimetada maksude ja maksete tasumise kohustuse kui direktiivist tuleneva vabatahtliku kõrvaldamise aluse sätestamist ning rakendamist kohustusliku kõrvaldamise alusena. Euroopa Liidu riigihangete õigus ei luba direktiivis nimetatud vabatahtlike ega ka kohustuslike kõrvaldamise aluste kvantitatiivset ega kvalitatiivset laiendamist. Rakendades maksude ja maksete täitmise kohustuse vabatahtlikku kõrvaldamise alust kohustuslikuna, eemaldub Eesti säte ka direktiivis kehtestatud sätte olemusest, kuivõrd vabatahtliku kõrvaldamise alusena kehtestamine viitab selgelt soovile, et hankijatel oleks pakkujaid vajadusel võimalik, mitte vältimatult kohustuslik kõrvaldada.

Eesti riigihangete seaduse § 38 tuleks seega eelnevale tuginedes ümberstruktureerida selliselt, et kohustuslike kõrvaldamise alustena jääks endiselt kehtima vaid RHS § 38 lg 1 punktis 1 sätestatu, mis vastab direktiivi artikkel 45 esimeses lõigus kehtestatud kohustuslikele kõrvaldamise alustele. Ülejäänud direktiivi artikkel 45 lõikes 2 kehtestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluste kataloogist tulenevad riigihangete seaduses kohustuslikena sätestatud kõrvaldamise alused (RHS § 38 lg 1 p 2-4 ja 6) tuleb kehtestada vabatahtlikena, nagu näeb ette direktiiv ja ka magistritöös viidatud Euroopa Kohtu kohtupraktika.

RHS § 38 lg 1 punktis 5 sätestatud kohustuslik kõrvaldamise alus vajab aga analüüsi. Nimetatud punktis sätestatud kõrvaldamise alus võib olla lubatud, kuivõrd liikmesriikidel on õigus direktiivis sätestatud ammendavate kõrvaldamise aluste kataloogide kõrval kehtestada materiaalsoiguslikke norme, mille eesmärk on eelkõige tagada riigihangete valdkonnas võrdse kohtlemise põhimõtte ning sellest tuleneva läbipaistvuse põhimõtte järgimine. Liikmesriigil lasub siiski uute, riigihankemenetlustes pakkuja võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtet tagavate kõrvaldamise aluste kehtestamisel proportsionaalsuse analüüsi läbiviimise kohustus. Nimetatud analüüs on seega oluline läbi viia RHS § 38 lg 1 punkti 5 suhtes.

RHS § 38 lg 1 punkti 4 sõnastuse osas jõudis magistritöö autor järeldusele, et see on kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõigusega ning säte vastab oma sõnastuselt Euroopa Kohtu otsustes väljendatule. Riigihangete seadus sätestab maksude ja maksete tasumise kohustuse kontrollimiseks kaks erinevat ajalist momenti, hankemenetluse alguse päeva ning pärast eduka pakkumuse esitanud pakkuja väljaselgitamist, enne hankelepingu sõlmimist. Kuivõrd direktiiv ei sätesta sätte täpsemaid rakendustingimusi, tuleb lähtuda siseriiklikest asjaomastest sätetest. Ka maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise ajaline määranng ajatamise lubamise näol RHS § 38 lg 1 punktis 4 toodud tingimustel on kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõigusega.

Magistritöö autori ettepanek RHS § 38 lõigete 1 ja 2 ümberkujundamiseks on leitav magistritöö lisast 6.

Seoses maksuvõla mõistega leidis magistritöö autor, et selle näol on tegemist kohaga, mille alusel satuvad erinevast liikmesriikidest pärit pakkujad ebavõrdse kohtlemise osaks. Kuna rahalise piiri, milleni liikmesriigi maksuhaldur väljastab pakkujale tõendi maksuvõlgade puudumise kohta, sätestab iga liikmesriik ise, võib piiriülestest hankemenetlustest välja jääda pakkuja, kellel küll siseriikliku tõendi kohaselt on maksuvõlg, kuid mis jääb allapoole hankemenetluse läbiviimise riigis kehtivast vastavast piirmäärast. Või vastupidi saab hankemenetluses osaleda välisriigi pakkuja, kellel on ette näidata maksuvõlgade puudumise tõend, kes aga tulenevalt tema asu- või elukohariigis kehtivast kõrgemast maksuvõla piirmäärast omab siiski suuremat maksuvõlga, kui hankemenetluse läbiviimise riigis enda pakkujatele lubatud.

Magistritöö autor jõudis järeldusele, et kuna alused riigihankemenetlusest kõrvaldamiseks on sätestatud direktiivis, võiks väita, et direktiivi rakendamisel peab olema tagatud ka pakkujate võrdne kohtlemine olenemata sellest, millises liikmesriigis hankemenetlus korraldatakse või millisest liikmesriigist pakkuja pärineb. Siiski on sellisel määral pakkujate võrdse kohtlemise saavutamine Euroopa Liidu mastaabis küsitav, kuivõrd isikute otsene maksustamine, sh maksuvõla mõiste määratlemine, on ning ka tõenäoliselt jääb alati liikmesriikide pädevusse. Kuigi Euroopa Liidu riigihangete õigusega püüeldakse igakülgse ja universaalse pakkujate võrdse kohtlemise poole, jääb see selles valdkonnas paraku saavutamata ning sellest tulenevalt säilivad maksude ja maksete võlgade alusel hankemenetluses kõrvaldamisel liikmesriikidevahelised erinevused.

Eesti kõrvaldamise aluse rakendamise praktikat, mis käsitleb maksude ja maksete tasumise kohustust, kajastavast analüüsist nähtus, et riigihankelepinguid on vaatamata õigusnormi sisulisele kooskõlale Euroopa Liidu riigihankeõigusega võimalik võita ka neil pakkujail, kes aususe asemel kasutavad ära maksukorralduse seaduse sätte tõlgendamise riigihankeõiguslikke lahendusi mitte silmas pidavat praktikat ning kavalust. Seda on neil vaja teha seetõttu, et nad on jätnud tasumata maksude või sotsiaalkindlustusmaksete kohustused.

Kuna Eesti kohtud käsitlevad pakkujate kohustust maksudeklaratsioonide muuta, kui selles esineb ebatäpsusi, pakkuja õigusena, ei ole siseriiklikel hankijatel võimalik tugineda riiklike maksude osas maksuhalduri tõenditele. Seda seetõttu, et tõend, näidates ühel hetkel maksuvõlga, ei garanteeri, et sellelt nähtuv info ka lõpuni selliseks jääb. Järelikult võib kõrvaldamise kohta tehtud haldusakti faktiline alus igal hetkel muutuda, jättes hankija esitatud andmete tõele vastavuse osas kaitseta ning kindlusteta.

Eelnevale tuginedes tuleb järeldada, et RHS § 38 lõike 1 punkti 4 selline kohaldamispraktika ei ole kooskõlas samas õigusnormis sätestatud kõrvaldamise aluse eesmärgiga. Eesmärk on täidetud vaid nende pakkujate puhul, kes juba niigi tasuvad tähelepanelikult riiklike ja kohalike maksude ning sotsiaalkindlustusmaksete kohustusi. Nende pakkujate puhul, kelle jaoks seadusandja kõrvaldamise aluseid üldse kehtestab, see paraku ei tööta – nähtavasti ei tunne ebaausad pakkujad sellest tulenevalt motivatsiooni ega tasu endal lasuvaid maksude ja maksete kohustusi, vaid muudavad maksudeklaratsiooni.

Magistritöö autor leidis, et osaliselt aitaks RHS § 38 lg 1 punkti 4 rakendamisel tekkinud vaakumit lahendada maksude ja maksete täitmise kohustuse kui kõrvaldamise aluse kohustusliku asemel vabatahtlikuna kehtestamine, nagu direktiiv seda ette näeb. Sellisel juhul oleks hankijal teatud tingimustel võimalik pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada valeandmete esitamise alusel, viidates andmetega (mitmekordsele) manipuleerimisele ning pakkuja sellest tulenevale ebausaldusväärsele. Küllaga ei rakendu valeandmete ega maksude ja maksete kohustuse täitmata jätmise alusel kõrvaldamine pakkuja kasutatavatele alltöövõtjatele. Seetõttu on valeandmete esitamise alusel kõrvaldamine maksudeklaratsiooni muutjate puhul vaid osaliseks lahenduseks, hõlmates vaid maksudeklaratsioonide muutjatest pakkujaid, mitte aga alltöövõtjaid.

Direktiiviga usaldati selles sätestatud kõrvaldamise aluste rakendamine liikmesriikidele. See tähendab aga ka seda, et kui liikmesriigid on otsustanud vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid

rakendada, on nad kohustatud oma rakendusmeetmetega tagama ka sätte praktilise toimimise ning kõrvaldamise aluse eesmärgi saavutamise, loomata sealjuures võimalusi pakkujate ebavõrdseks kohtlemiseks.

Eelnevalt välja toodud põhjustel tuleb kokkuvõtlikult järeldada, et vaatamata õigusnormi (RHS § 38 lg 1 p 4) sõnastuse kooskõlale Euroopa Liidu riigihankeõigusega, ei ole sama sätte kohaldamispraktika kooskõlas samas õigusnormis sätestatud kõrvaldamise aluse eesmärgi ega Euroopa Liidu riigihankeõigusega.

Magistritöö alameesmärgiks oli selgitada kohustuslikke kõrvaldamise aluseid hõlmava *self-cleaning*'u teooria lubatavuse küsimust Euroopa Liidu riigihangete õiguses. Magistritöö autor seadis hüpoteesi, et *self-cleaning*'u teooria rakendamine ei ole kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõigusega. Hüpotees leidis magistritöö käigus kinnitust. *Self-cleaning*'u teooria rakendamine ei ole Euroopa Liidu riigihangete õiguse kontekstis lubatav.

Self-cleaning'u teooria tugineb ideele, et kuigi pakkujal on täidetud direktiivist ja seadusest tulenevad kohustuslikud hankemenetluselt kõrvaldamise alused, võib hankija jätta pakkuja kõrvaldamata, kui ta suudab näidata, et on võtnud kasutusele efektiivsed meetmed kindlustamaks, et kõrvaldamise alused tulevikus enam ei täituks. Teooria nõuab, et liikmesriikide hankijad ei tohi mingil tingimusel pakkujaid hankemenetluselt kõrvaldada, kui neil on täidetud mõni [direktiivis sätestatud] kohustuslik kõrvaldamise alus ja nad on edukalt läbinud *self-cleaning*'u menetluse. Vastasel juhul rikutaks proportsionaalsuse põhimõtet, kuna juhul, kui pakkuja on end rehabiliteerinud, on kõrvaldamise aluste eesmärgid tegelikkuses saavutatud. Magistritöö autor ei nõustu *self-cleaning*'u teooriaga järgmistel põhjustel.

Hetkel kehtiv riigihanke direktiiv on esimene, mis kehtestab teatud kõrvaldamise alused kohustuslikuna. Rakendades *self-cleaning*'u teooriat ning jättes kohustusliku kõrvaldamise aluse täitnud pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata, andes talle enda rehabiliteerimise võimaluse ning lubades tal hankemenetluses jätkata, jõuame selleni, et tegelikkuses ei ole direktiivis sätestatud kohustuslikud kõrvaldamise alused lõpuni kohustuslikud ning neid tuleb rakendada siiski diskretsiooni kasutades. See muudab kohustuslikud kõrvaldamise alused sisuliselt vabatahtlikeks. Selline lähenemine on aga otseses vastuolus direktiivi kohustuslike kõrvaldamise aluste kehtestamise eesmärgiga, kuna direktiivi artikli 45 lõikes 1 nimetatud kõrvaldamise alused on Euroopa seadusandja silmis sedavõrd tõsised rikkumised, millistel juhtudel ei tohi pakkujal mitte mingil tingimusel lubada hankemenetluses jätkata. Kui *self-*

cleaning'u teooria rakendamine oleks aga aktsepteeritav, kaoks direktiivis sätestatud kohustuslike kõrvaldamise aluste kohustusliku rakendamise mõte sootuks.

Lisaks eelnevale rõhutab magistritöö autor *self-cleaning*'u teooria sobimatust hankemenetluse protsessi tulenevalt sellest, et *self-cleaning*'u teooria võimaldaks pakkujal *self-cleaning*'u menetluse läbi viia käimasoleva hankemenetluse ajal. See aga tähendab seda, et vaid selleks, et asuda ühe kõrvaldamise alustega pakkuja kvalifikatsiooni kontrollima, on hankija kohustatud kontrollima ja ära ootama pakkuja *self-cleaning*'u menetluse tulemusel. Kui tavapäraselt on riigihanke üldpõhimõtetest tulenevalt võimalik eeldada hankijalt mõistlikku ettenägemisvõimet ja planeerimist, mis hõlmab endas nii ajalisi kui ka sisulisi kriteeriumeid, siis eeldada hankijalt võimet näha ette seda, et pakkumuse esitab isik, kellel on kõrvaldamise alused täidetud, mistõttu tuleb läbi viia *self-cleaning*'u menetlus, mis võib hankemenetlust venitada väga palju pikemaks, on omakorda ebamõistlik. Rääkimata sellest, et hankija võib sellise protsessi käigus kaotada hankelepingu rahastuse, mis aga võib kahjustada riigihanke aluspõhimõtet, mis kohustab hankijaid enda käsutuses olevaid vahendeid (sh tööaega) kasutama otstarbekalt.

Siinkohal viitas magistritöö autor kahele küsimusele. Esiteks, kui kaugemale nimetatud teooria kohaselt peaks mõistlik hankija pakkujale *self-cleaning*'u menetluse võimaldamisega minema, et ei saaks rikutud teised, riigihanke mitte vähemtähtsamad aluspõhimõtted, nagu näiteks hankija vahendite otstarbekas ja säästlik kasutamine. Magistritöö sellele küsimusele vastust ei anna, kuna selliste kaasuste puhul tuleb igakordselt võtta arvesse riigihanke asjaolusid ning kaaluda neid põhimõtetest lähtuvalt. Teiseks, kas sellise teooria rakendamine ei lähe mitte kaugemale kohustuslike kõrvaldamise aluste kui riigihangete sekundaarsete eesmärkide kandjate ülesandest, kuivõrd sekundaarsete eesmärkide täitmine hakkab ületama hankemenetluse enda püüdlusi. Magistritöö autor leiab, et oht sellele on väga suur.

Kokkuvõtlikult sõnastatuna leidis magistritöö autor, et nimetatud teooria on vastuolus direktiivist tulenevate kohustuslike kõrvaldamise aluste kohustusliku olemusega, kuivõrd *self-cleaning*'u teooria rakendamine muudab direktiivis nimetatud kohustuslikud kõrvaldamise alused sisuliselt vabatahtlikeks.

Magistritööd kokku võttes võib öelda, et kõrvaldamise aluste regulatsioon on valitsuse/Euroopa Liidu erinevate poliitikate ja eesmärkide rakendamise mängumaaks, kus erinevad kõrvaldamise alused tähistavad erinevate poliitikate püüdlusi. Selles konkurents

jääb peale see, mida parasjagu poliitilisel tasandil oluliseks peetakse. Seega ei ole kõrvaldamise alused sugugi kivisse raiunud ega nende väärtus lõpuni välja sõelunud.

Magistritöö autor juhib tähelepanu, et kõrvaldamise aluste liigaruval kehtestamisel tekib aga oht sellele, et riigihangetega püütakse lahendada liiga paljusid probleeme, kus riigihangete enda eesmärgid jäävad täitmata. Kõrvaliste eesmärkide täitmine läbi riigihangete hakkab riigihangete menetlusi takistama, sest on vaja teostada täiendavaid kontrolle, nõuda täiendavaid kinnitusi ning sellelt pinnalt tehtud otsused annavad taas teed vaidlustele, millel võib lõppeks puududa igasugune seos riigihanke endaga. Seetõttu on lõpetuseks taas asjakohane viidata magistritöös käsitletud Euroopa Kohtu lahenditele, mis on kõrvaldamise aluste juurdeloomisele seadnud konkreetsed piirid.

Grounds for exclusion in the EU and Estonian procurement law: excluding on grounds of unpaid taxes as a basis for voluntary exclusion

Summary

The principles of the Estonian Public Procurement Act demand that the use of financial resources of the contracting authority be purposeful and economically sound. The public procurement system provides that the taxpayer's money is forwarded to the market on uniform, transparent and understandable conditions. In other words, a contracting authority is obliged to guarantee that the market is aware of the procurement and that the procedure itself would be fair and transparent. Keeping in mind the procurement principles mentioned above, the bidders of the procurement market, on the other hand, expect that the contracting authority acts statesmanlike and in the public procedure treats all bidders equally, not giving any advantages to any of them. Nevertheless, the expectations of the contracting authority to the bidders need to be addressed in parallel to the bidders' expectations to the contracting authority.

The contracting authority expects that the future contract partner would also be honest but not only to the specific state body or the local government with whom the bidder is involved in contract after the procurement procedure, but honest to the state as a whole. For example, it is assumed that the bidder or its legal representative has not been found guilty for a misdemeanour or a criminal offence and they don't have a current penalty or that the bidder, who is offering its goods or services, would not be on the verge of bankruptcy or in the middle of a winding-up procedure. In addition to that the contracting authority expects the bidder to be experienced and competent.

For the bidder to be a suitable partner in the eyes of the legislator the contracting authority has to control the absence of the grounds for exclusion and the bidder's qualification. By the grounds for exclusion the Estonian Public Procurement Act considers conditions stipulated in article 38 paragraph 1 and 2 that may not be fulfilled. If the contracting authority discovers that the bidder has fulfilled some or one of them, the bidder is excluded and the bidder will no longer be participating in the following stages of that procurement procedure. For example, article 38 paragraph 1 subdivision 1 assumes that the bidder does not have a current penalty for committing offences related to professional misconduct. With article 38 paragraph 1

subdivision 4, which states that the bidder may not have tax arrears, the Estonian legislator has also regarded important the bidder's honesty in paying taxes.

The grounds for exclusion found in the article 38 of the Estonian Public Procurement Act (categorised as mandatory and voluntary) rely on the two public procurement directives of the European Union¹⁵⁸. Those European Union directives in turn rely on the Agreement on Government Procurement of the World Trade Organisation. So it is possible to talk not only about the states' expectations to the (honest) bidder, but also about the expectations to the bidder of the European Union and the World Trade Organisation.

Article 45 of the public sector directive (2004/18/EC) stipulates that the procurement authority may under no condition enter into a contract with a person who has been the subject of a conviction by final judgment due to participating in criminal organisation, corruption, fraud or money laundering. That provision is a mandatory ground for exclusion where the member states only have the right to address implementation issues. In addition to the abovementioned obligatory grounds for exclusion, the directive also stipulates seven voluntary grounds for exclusion where the member states have the right to decide whether to transpose all of them, leave some of them out, let the contracting authorities decide when and if to use them or not transpose them at all.

Estonia has transposed the grounds for exclusion in a manner where the implementation of a ground for exclusion depends on the contracting authority's decision on only two occasions. All other grounds for exclusion stipulated in the directive are foreseen as obligatory in the Estonian Public Procurement Act. Therefore, it is possible to say that the Estonian legislator is very conservative in its regulations. It is also possible to say that the Estonian legislator does not necessarily trust the bidders in the procurement market and since the majority of the grounds for exclusion are obligatory, the legislator also does not have faith in the ability of the contracting authority to make sound decision, in other words, in the implementation of the objectives of grounds for exclusions on grass-roots level.

¹⁵⁸ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. – OJ L 134, 30.4.2004, p 114—120.

Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors. – OJ L 134, 30.4.2004, p 1—113.

Although it is possible to say that the issues of public procurement have permanent actuality due to vast public funds channelled into the procurement market¹⁵⁹, the actuality of the thesis lies in the fact that in every procurement procedure the contracting authorities are obliged to control whether the bidders have fulfilled the grounds for exclusion or not. Based on the data of the public procurement register, in 2011 the Estonian contracting authorities set up 6273 individual procurement procedures and as many times controlled the fulfilment of the grounds for exclusion. Taking into account the multiplicity of the controls of the grounds for exclusion, it is especially important that all the grounds for exclusion, that the contracting authorities are obliged to control one by one, would be significant in terms of the procurement procedure.

An additional argument to support the actuality of the thesis comes from the fact that the public sector directive that entered into force in 2004 was the first directive in the history of the European Union to stipulate the grounds for exclusions as obligatory. Until then the public procurement directives had only set voluntary and optional grounds for exclusion. The member states were to transpose the directives from the 2004 by 31st of January 2006. Estonia fulfilled that obligation on 1st of May 2007. Taking into account that the implementation of the new regulations acquires some time, it is now possible to analyse the use of grounds for exclusion; also due to the fact that, since the new regulations entered into force, there have been a lot of discussions over the subject and there are enough court and public procurement appeal committee decisions to rely on.

The importance of the grounds of exclusion arises, in addition to the already mentioned reasons, from the fact that the more the legislator has stipulated voluntary and mandatory grounds for exclusion on the European Union and on the state level the more the procurement law affects the bidders economic activities and the effective use of competition in a public procurement procedure. Since the aim of the directives is to provide greater trade integration among member states, measures that exclude suppliers from another member country either directly or indirectly are not generally permitted¹⁶⁰. Here the legislator's assignment is to set optimal and reasonable grounds for exclusion, to find the balance between mutual

¹⁵⁹ Based on the that data of the Estonian public procurement register the Estonian contracting authorities spent in 2010 and 2011 each year 1,3 billion Euros on supplies, works and services (the exact sums were in 2010 1 319 714 138 Euros and in 2011 1 364 072 567 Euros).

¹⁶⁰ Mireles, M. The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis of the Enforcement Provisions and the Application of Secondary Policies in Financed Projects. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, 2006, p 212. – In Internet: http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/marta_meireles_master_final.pdf (22.03.2011).

expectations of the state and the market. If the stipulation of the grounds for exclusion has been too limitative or the implementation of the grounds for exclusion has been distorted, the consequence may be unequal treatment of the bidders originating from different member states or the distortion or obstruction of normal competition.

The main purpose of the master's thesis is to find out whether Estonia is implementing the grounds for exclusions correctly. The hypothesis is that the Estonian regulation regarding grounds for exclusion is partially in accordance with the European Union grounds for exclusions' institute. Based on that the author of the master's thesis examines the nature of the European Union's grounds for exclusions' institute and whether the practice in Estonia is in conformity with it based on the payment of taxes as a voluntary ground for exclusion. In the course of the master's thesis the development, nature and purposes of the Estonian and European Union's grounds for exclusion are observed.

The secondary objective of the master's thesis is the question of admissibility of the self-cleaning theory in the European Union public procurement law. The author of the master's thesis sets a hypothesis that the application of the self-cleaning theory is not in conformity with the European Union public procurement law. Consequently the master's thesis explores the roots, foundation and possible applicability of the self-cleaning theory.

In the course of the master's thesis the hypothesis that the Estonian regulation for grounds for exclusion is partially in conformity with the European Union grounds for exclusions' institute was confirmed. The Estonian regulation on obligatory grounds for exclusion is in conformity with the European Union's institute of grounds for exclusion. But the regulation of voluntary grounds for exclusion is not. Therefore, the Estonian regulation of grounds for exclusion is partially in conformity with the European Union grounds for exclusions' institute. Keeping in mind the purpose of the master's thesis it can be said that Estonia is implementing the grounds for exclusions partially correctly.

The essence of the grounds for exclusions can compactly be worded as follows. The grounds for exclusions can be seen as disqualifying of the bidder that hinders the bidder from performing certain activities and holds the bidder back from committing offences, at the same time supporting certain political tendencies. The general objectives of the grounds for exclusion are the protection of taxpayers' money, the promotion of certain values (like honesty and loyalty) and keeping the taxpayers' trust. Considering the grounds for exclusions

outside the exclusion system and examining just one ground for exclusion, one could see that they might have individual objectives in addition to the abovementioned general objectives. The aim of the voluntary ground for exclusion concerning the payment of taxes is certainly the overall improvement of paying taxpayers` behaviour. And at the same time not allow bidders that have not paid the taxes, to have advantages in procurement procedures.

Looking back on the history of the development of the grounds for exclusions in the European Union, it can be said that the grounds for exclusions were established already in the 1970s. The first grounds for exclusions to affect all the European Union`s member states were of voluntary nature, reflecting the former regulations and practices of the states who already were members of the European Union. Although the European Union public procurement law was modified several times during the next decades, the grounds for exclusions remained unchanged from the 1970s up to 2004 when the new public procurement directives stipulating voluntary and mandatory grounds for exclusion entered into force.

Although Estonia joined the European Union in 2004, the institute of the grounds for exclusion is not unknown to the Estonian public procurement law. The Public Procurement Act from 1934 already stated conditions for the bidders. The first public procurement regulations in the restored Estonian republic considered the grounds for exclusion voluntary. From 2000 until today the Estonian public procurement law knows more obligatory grounds for exclusion than voluntary ones. So, in comparison, the Estonian legislator anticipated the European Union legislator by four years in stipulating the obligatory grounds for exclusion. Even though it was not a race, it can be concluded, that the Estonian legislator has been substantially more conservative in dealing with the honesty of the bidders participating in the procurement procedures and assuring that the taxpayers` money goes through the procurement contract only to the honest bidder.

It is interesting to note that exclusion on the ground of unpaid taxes has always been important to the Estonian legislator. Throughout the whole development of the Estonian public procurement law it has always been regarded important that the bidder participating in the procedure would not have tax arrears (state or local).

The ground for exclusion on unpaid taxes has since 2000 been an obligatory ground for exclusion. The current Public Procurement Law also does not leave discretionary powers to the contracting authority regarding the payment of taxes. In the course of the master`s thesis it

became clear that the public sector directive insists that the ground for exclusion on unpaid taxes be stipulated in the member states' acts as voluntary. Relying on the public sector directives' wording and the decisions of the Court of Justice of the European Union, the author of the master's thesis came to the conclusion that although the member states have the right (arising from the directive) to stipulate administrative provisions, the member states lack the right to complement the catalogues of the grounds for exclusion or to enforce the voluntary grounds more strictly.

Consequently, Estonia has transposed the voluntary grounds for exclusion incorrectly, broadening them quantitatively and enforcing the voluntary grounds more strictly. By that the principal of promoting competition is continuously harmed every time a bidder is excluded from a procurement procedure on ground of unpaid taxes due to the fact that implementing the directives' provision correctly, the contracting authority would have the discretion to weigh the circumstances of every case.

Regarding the conformity of the Estonian and European Union grounds for exclusion practice, it is clear that the Estonian implementation practice concerning the exclusion ground on unpaid taxes is not in conformity with the essence of the European Union ground for exclusion due to unpaid taxes. As a deficiency it must be pointed out that the Estonian Public Procurement Act stipulates the voluntary grounds for exclusion set in the directive as obligatory. But the master's thesis author came to the conclusion that the European Union procurement law does not allow neither quantitative nor qualitative broadening of the grounds for exclusions. In implementing the ground for exclusion on unpaid taxes as obligatory the Estonian provision is detached from the essence of the provision of the directive due to the fact that the stipulation of the ground for exclusion as voluntary indicates clearly the wish of the possibility for the contracting authorities to exclude bidders and not do it in an obligatory manner.

Article 38 of the Estonian Public Procurement Act would therefore have to be amended so that the only obligatory grounds for exclusion would be found in article 38 paragraph 1 subdivision 1 that complies with the article 45 paragraph 1 of the directive. The rest of the voluntary grounds for exclusions set in article 45 paragraph 2 of the directive (accordingly in the Estonian Public Procurement Act paragraph 38 paragraph 1 subdivisions 2-4 and 6), would have to be stipulated as voluntary grounds for exclusion, as anticipates the directive and the decisions of the Court of Justice of the European Union.

Regarding the wording of the article 38 paragraph 1 subdivision 4 of the Estonian Public Procurement Act, the author of the master's thesis came to the conclusion that it complies with the European Union public procurement law and the decisions of the Court of Justice of the European Union. The Public Procurement Act foresees the control of the ground for exclusion on unpaid taxes on two different occasions. The first control is to be conducted after the accession of the bids (but taking into account the day the procurement procedure commenced) and the second control is to be performed after the winner of the procurement procedure has been determined. Since the directive does not stipulate concrete implementation conditions, the member states have to dwell on the correspondent domestic provisions. Also the time condition, up to what point the taxes have to be paid, is in conformity with the European Union public procurement law.

The analysis of the practice of the Estonian ground for exclusion concerning the payment of taxes showed that despite of the substantial conformity of the legal norm to the European Union public procurement law, it is still possible to gain procurement contracts using the legal vacuum of the interpretation of the Estonian Taxation Act. Since the Estonian courts interpret the bidder's obligation to change the tax declaration as a right, the domestic contracting authorities cannot rely on the data of the tax administrator's certificate.

Relying on the abovementioned grounds, it is to be concluded that such application practice of article 38 paragraph 1 subdivision 4 of the Estonian Public Procurement Act is not in conformity with the objective of the same ground for exclusion. The aim of the provision is achieved only by those bidders who pay taxes in any case. Regarding the bidders who are not paying taxes on time, the provision does not work. The bidders are not motivated to pay the taxes but alter the tax declaration instead.

The secondary objective of the master's thesis was the question of admissibility of the self-cleaning theory in the European Union public procurement law. The author of the master's thesis set a hypothesis that the application of the self-cleaning theory is not in conformity with the European Union public procurement law. In the course of the master's thesis that hypothesis was confirmed. The self-cleaning theory is not in conformity with the European Union public procurement law and is therefore not applicable.

In brief, the idea of the self-cleaning theory is to allow the bidders who otherwise would have to be mandatorily excluded due to fraud or corruption penalties to continue participating in the procurement procedure if they agree to take different structural and organisational measures to ensure that such violations do not occur in the future.

All in all the author of the master's thesis found that the self-cleaning theory is in conflict with the obligatory nature of the mandatory grounds for exclusion stipulated in the directive because the self-cleaning theory basically converts the mandatory grounds for exclusion set in the directive to voluntary grounds. This is due to the fact that if the contracting authority allows the bidder to carry out a self-cleaning procedure, the contracting authority uses discretion which, deriving from the mandatory nature of grounds for exclusion is not allowed. In addition to that, the author of the master's thesis found that the self-cleaning theory is also unacceptable because the self-cleaning procedure would have to be conducted at the same time the procurement procedure is being carried out. Due to that the contracting authority loses valuable time in order to wait for one bidder, who maybe is suitable and maybe is a considerable candidate for winning the procurement. That is in conflict with the principal of purposeful and economically sound use of financial resources of the contracting authority. Especially when considering the fact that, while waiting for one so-called maybe-bidder, the contracting authority may lose the whole funding for the future contract. For example, regarding EU structural funds.

The regulation of the grounds for exclusion is the playing field of different policies and objectives of the government and the European Union. In such competition the policy that is currently important wins. Thus are the grounds for exclusion not carved in stone nor the value finally sieved.

The author of the master's thesis draws attention to the danger in implementing too many grounds for exclusion in the course of solving numerous problems which have very little to do with the procurement procedure itself. The fulfilment of the incidental objectives through public procurement procedures is likely to hinder the procurement procedures because additional controls have to be conducted, which again give way to new disputes that may not even be connected to the original procurement. That is why it is appropriate, in conclusion, to refer to the decisions of the Court of Justice of the European Union that have set boundaries to the establishment new grounds for exclusion.

Kasutatud kirjandus

1. Andresen, E. Riikliku järelevalve probleem riigihangete seaduses. – Riigikogu Toimetised 2002/5.
2. Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. 2010. – Arvutivõrgus:
<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (02.04.2012).
3. Arrowsmith, S., Prieß, H.-J., Friton, P. Self-cleaning as a Defence to Exclusion for Misconduct: An emerging Concept in EC Public Procurement Law. – Public Procurement Law Review 2009/6.
4. Bovis, C. EC Public Procurement: Case Law and Regulation. Oxford: Oxford University Press 2006.
5. Bovis, C. EU Procurement Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2007.
6. Egger, A. Europäisches Vergaberecht. Baden-Baden: Nomos 2008.
7. Ginter, C., Mugur, M. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. – Juridica 2010/4.
8. Hölzl, F. J. „Assitur“: Die Wahrheit ist konkret! – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2009/12.
9. Karindi-Kask, E., Võsu, A., Laigna, T. Riigihangete juhis. Tallinn: Rahandusministeerium 2007. – Arvutivõrgus:
<http://www.fin.ee./index.php?id=76401> (15.03.2011).
10. Kotsonis, T. Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy: Towards a More Efficient European Procurement Market. – Public Procurement Law Review 2011/3.
11. Lehis, L. Maksuõigus. Tallinn: Juura 2009.
12. Mireles, M. The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis of the Enforcement Provisions and the Application of Secondary Policies in Financed Projects. Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, 2006. – Arvutivõrgus:
http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/marta_meireles_master_final.pdf (22.03.2011).

13. Ohrtman, N. Korruption im Vergaberecht. Konsequenzen und Prävention. Teil 2: Konsequenzen und Selbstreinigung. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2007/5.
14. Ohrtmann, N. Self-Cleaning in Public Procurement Law. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2010/4.
15. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsiga tagamise põhimõte. – Juridica 2007/8.
16. Piselli, E. The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the E.U. Procurement Directives. – Public Procurement Law Review 2000/6.
17. Ploom, E. Riigihangete taaskatsetamise vajalikkusest Eesti Vabariigis. – Juridica 1994/7.
18. Prieß, H.-J., Friton, P. Ausschluss bleibt Ausnahme. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2009/5.
19. Prieß, H.-J. Exclusio corruptoris? – Die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen des Ausschlusses vom Vergabeverfahren wegen Korruptionsdelikte. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2009/9.
20. Prieß, H.-J., Stein, M.R. Nicht nur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung. – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2008/4.
21. Riigihangete seaduse eelnõu 665SE seletuskiri. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=896065&u=20120419131938> (19.04.2012).
22. Riigihangete seaduse eelnõu 816SE seletuskiri. – Arvutivõrgus: http://www.riigikogu.ee/?op=emspain&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=060180002 (02.04.2012).
23. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus 2010.
24. Schooner, S. L. The paper tiger stirs: Rethinking suspension and debarment. – Public Procurement Law Review 2004/5.
25. Schramm, J., Aicher, J., Fruhmann, M., Thienel, R. Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar. Wien: Springer 2005.

26. Schwarze, J., Müller, P.-Ch. Das öffentliche Auftragswesen in der EG: Vorträge der Fachgruppe für Europarecht auf der 25. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 20.–22. März 1996 in Jena. Baden-Baden: Nomos 1996.
27. Timmermans, W., Bruynickx, T. Selection and Award Criteria in Belgian Procurement Law. – Public Procurement Law Review 2009/3.
28. Williams, S. The mandatory exclusions for corruption in the new EC Procurement Directives. – European Law Review 2006/31.
29. Yukins, C. R. Suspension and Debarment: Re-thinking the Process. – Public Procurement Law Review 2004/5.

Kasutatud normatiivmaterjalid

30. Agreement on Government Procurement. – Arvutivõrgus:
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (17.03.2011).
31. Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 185, 16.8.1971, lk 5—14.
32. Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts. – EÜT L 13, 15.1.1977, lk 1—14.
33. Council Directive 88/295/EEC of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC. – EÜT L 127, 20.5.1988, lk 1—14.
34. Council Directive 89/440/EEC of 18 July 1989 amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts. – EÜT L 210, 21.7.1989, lk 1—21.
35. Ehitustööde võistupakkumise korraldamise kohta. Vabariigi Valitsuse määrus 26.04.1993 nr 120. – RT I 1993, 22, 360... RT I 1995, 40, 569.
36. Euroopa Nõukogu direktiiv 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord. – EÜT L 209, 24.7.1992, lk 1—24; eestikeelne eriväljaanne: Peatükk 06 Köide 01 lk 322—345.

37. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 1—113.
38. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 114—240.
39. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2006/32/EÜ, 5. aprill 2006, mis käsitleb energia lõpptarbimise tõhusust ja energiateenuseid ning millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 93/76/EMÜ. – ELT L 114, 27.4.2006, lk 64—85.
40. General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment. – EÜT 2, 15.1.1962, lk 36—45.
41. General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services. – EÜT 2, 15.1.1962, lk 32—35.
42. Haldusmenetluse seadus. – RT I 2001, 58, 354 ... RT I, 23.02.2011, 8.
43. Infotehnoloogiavahendite riigihangete korra kohta. Vabariigi Valitsuse korraldus 23.07.1993 nr 439. – RT I 1993, 53, 748.
44. "Infotehnoloogiavahendite riigihangete korra" kinnitamine. Vabariigi Valitsuse 07.03.1994 määrus nr 75. – RT I 1994, 16, 291.
45. Kohalike maksude seadus. – RT I 1994, 68, 1169 ... RT I, 30.12.2011, 8.
46. Leedu riigihangete seadus. – Arvutivõrgus: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=406821&p_query=&p_tr2=2 (23.04.2012).
47. Läti riigihangete seadus. – Arvutivõrgus: <http://www.iub.gov.lv/files/upload/pil11.02.2012.pdf> (23.04.2012).
48. Maksukorralduse seadus. – RT I 2002, 26, 150 ... RT I 2010, 41, 241.
49. Maksukorralduse seadus. – RT I 2002, 26, 150 ... RT I, 22.12.2011, 38.
50. Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord. – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 54—83.
51. Riigi hangete määrus. Vabariigi Valitsuse määrus 06.02.1935. – RT 1935, 16, 157.
52. Riigihangete seadus. – RT 1934, 57, 504.

53. Riigihangete seadus. – RT I 1995, 54, 883 ... RT I 1997, 9, 79.
54. Riigihangete seadus. – RT I 2000, 84, 534 ... RT I 2005, 18, 105.
55. Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 14.02.2012, 2.
56. Poola riigihangete seadus. – Arvutivõrgus:
<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;996> (23.04.2012).
57. Soome riigihangete seadus. – Arvutivõrgus:
<http://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2007/20070348> (23.04.2012).
58. Ungari riigihangete seadus. – Arvutivõrgus:
http://www.kozbeszerzes.hu/static/uploaded/document/PPA%202012_03.pdf
 (13.04.2012).
59. Vergabe und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A). – Arvutivõrgus:
<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/verdingungsordnung-fuer-leistungen-vol-a-2009,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>
 (20.04.2012).

Kasutatud Riigihangete vaidlustuskomisjoni ja kohtupraktika

60. Euroopa Kohus 10.02.1982, nr 76/81, *SA Transporoute et travaux vs Minister of Public Works*.
61. Euroopa Kohus 20.09.1988, nr 31/87, *Gebroeders Beentjes BV vs Netherlands*.
62. Euroopa Kohus 17.09.1993, nr C-71/92, *Komisjon vs Hispaania*.
63. Euroopa Kohus 19.06.2003, nr C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) vs Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG*.
64. Euroopa Kohus 03.03.2005, nr C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA vs Belgia riik*.
65. Euroopa Kohus 08.09.2005, nr C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina vs Ministero della Difesa*, kohtujurist Poiares Maduro ettepanek.
66. Euroopa Kohus 9.02.2006, nr C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina vs Ministero della Difesa*.
67. Euroopa Kohus, 08.10.2008, nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*, kohtujurist Poiares Maduro ettepanek.
68. Euroopa Kohus 16.12.2008, nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*.

69. Euroopa Kohus 19.05.2009, nr C-538/07, *Assitur Srl vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*.
70. Oberlandesgericht Schleswig, Beschluss des Vergabesenats vom 04.05.2001, 6 Verg 2/2001. – Arvutivõrgus: <http://web43.d2-1066.ncsrv.de/doc2/olgsh02-01.pdf> (13.04.2012).
71. Oberlandesgericht Schleswig, Urteil vom 06.11.2001, 6 U 50/01 (LG Kiel). – Arvutivõrgus: http://www.thueringen.de/olgneu/showls_neu.asp (13.04.2012).
72. Riigihangete vaidlustuskomisjon 29.05.2008, nr 48-08/104196.
73. Riigihangete vaidlustuskomisjon 14.04.2009, nr 44-09/108861.
74. Riigihangete vaidlustuskomisjon 04.06.2009, nr 103-09/108255.
75. Riigihangete vaidlustuskomisjon 07.12.2009, nr 252-09/114017.
76. Riigihangete vaidlustuskomisjon 26.03.2010, nr 49-10/115177.
77. Riigihangete vaidlustuskomisjon 20.04.2010, nr 61-10/115652.
78. Riigihangete vaidlustuskomisjon 22.10.2010, nr 202-10/118658.
79. Riigihangete vaidlustuskomisjon 27.04.2011, nr 72-11/123789.
80. Riigihangete vaidlustuskomisjon 02.08.2011, nr 150-11/124941.
81. Riigihangete vaidlustuskomisjon 03.11.2011, nr 205-11/122880.
82. Riigikohtu halduskolleegium 04.10.2006, nr 3-3-1-58-06.
83. Riigikohtu halduskolleegium 26.03.2008, nr 3-3-1-7-08.
84. Riigikohtu halduskolleegium 05.03.2009, nr 3-3-1-91-08.
85. Riigikohtu tsiviilkolleegium 21.12.2004, nr 3-2-1-145-04.
86. Riigikohtu tsiviilkolleegium 30.03.2006, nr 3-2-1-4-06.
87. Tallinna halduskohus 24.11.2009, nr 3-09-1704.
88. Tallinna halduskohus 10.02.2010, nr 3-09-1844.
89. Tallinna halduskohus 27.12.2011, nr 3-11-2644.
90. Tallinna ringkonnakohus 30.11.2010, nr 3-10-2480/77.

Muud allikad

91. Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.
92. Euroopa Komisjoni otsus rikkumismenetluse alustamise kohta 30.09.2010: rikkumismenetlus nr 2009/4271 Ungari vastu „Ungari riigihangete seaduse

- reform“ . – Arvutivõrgus:
http://ec.europa.eu/eu_law/eulaw/decisions/dec_20100930.htm#hu (08.04.2012).
93. Euroopa Komisjoni 30.09.2010 pressiteade. – Arvutivõrgus:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1240&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en> (08.04.2012).
94. M. Mihkelson. Maksuvõlg riigihangetes. Tallinn: Rahandusministeerium, 2011. – Arvutivõrgus:
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-5301.pdf (17.04.2012).
95. Morani jt „Debarment as an Anti-Corruption Means”. – Arvutivõrgus: www.u4.no (30.03.2012).
96. Roheline raamat ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta: Euroopa hanketuru tõhustamine. KOM(2011)15.
97. Thai, Khi V. (toim). International Handbook of Public Procurement. Boca Raton: CRC Press 2009.
98. Trepte, P. Public Procurement in the EU. A practitioner’s Guide. Second edition. Oxford: Oxford University Press 2007.
99. Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni rahvusvahelise kaubanduse õiguse komisjoni (UNCITRAL) riigihangete näidisseadus 2011. – Arvutivõrgus:
http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/ML_Public_Procurement_A_66_17_E.pdf (23.04.2012).

Riigiarhiivi materjalid

100. Eesti Maaomavalitsuste Liidu esimehe 12.06.1934 kiri nr 91 siseministrile. – Riigiarhiiv, f 31, n 3, s 671.
101. Teedeministri 01.03.1934 kiri nr 3548 Vabariigi Valitsusele. – Riigiarhiiv, f 31, n 3, s 671.
102. Vabariigi Valitsuse ettepanek Riigikogule 7. 04.1933. – Riigiarhiiv, f 31, n 3, s 671.

Lisa 1 – Kõrvaldamise aluste regulatsioon 1935. aastal jõustunud riigihangete seaduses

1934. aastal vastu võetud riigi hangete seaduse seletuskiri selgitab seaduse vastuvõtmise vajadust järgmiselt: „Käesoleva seaduse eelnõu algatus oli tingitud küll seaduste eestindamise tarvidusest, kuid ka riigi hankeid käsitlevate Vene seaduste (Riigi hangete ja töövõttude seadus ja Sõjaametkonna hanked ja ehitised – Sõjaseadlus 1869) puudulikus ja sobimatus meie oludega ning üldise õigussüsteemiga andis end ammugi tunda ja nõudis ikka tungivamalt hankeseaduse ümbertöötamist.“¹⁶¹. Sisuliselt võib järeldada, et 1930ndatel oldi meile tuttavas sarnases olukorras, mil Eesti on pidanud 1990ndate algusaastatel taas välja töötama eestindatud seadusi ning oma õiguskorda harmoneerima uuesti 2000ndate aastate algul, mil ühinesime Euroopa Liiduga. 1934. aasta eelnõu seletuskiri märgib samuti, et eelnõu väljatöötamise teiseks põhjuseks oli vajadus lähtuda „majandusliku otstarbekuse nõuetest ning tarvidusest kooskõlastada riigi hangete eeskirjad me üldise õigussüsteemiga“¹⁶².

Seletuskiri toob eelnõu olulisemate muudatustena välja selle, et uus väljatöötatud seadus ei laiene enam ainult riigiasutustele, vaid ka kohaliku omavalitsuste hangetele. Eelnõu seletuskirja kohaselt reguleerib eelnõu lisaks hanke- ja töövõttudele ka oste-müüke ning samuti tööde teostamist ametiasutuse vahenditult korraldusel.

Kõrvaldamise aluste kohta kirjutab eelnõu seletuskiri järgmist: „Eelnõu järgi ei tohi hankijatena esineda isikud, kes teenivad asutises, kus leping sõlmitakse, või kes seisavad lepingu sõlmija asutisega ülemuse vahelkordades või teenivad Riigikontrolli osakonnas, mille ülesandeks on lepingu sõlmija asutise kontrollimine. Kinnistele võistupakkumistele keelas eelnõu kutsuda isikud, kes lepingu täitmise või riigi või omavalitsuse maksude alal toimepandud süütegude pärast on võetud vastutusele kriminaalkohtukorras. Samuti oli keelatud kutsuda võistupakkumistele isikuid, kes olid karistatud vangistusega ühes õiguste kaotusega.“¹⁶³ Eelnõu keelas kodumaa tööstuse ja kaubanduse huvisid silmas pidades hangetel osaleda ka välismaistel pakkujatel, kui „lepingud toimuvad võistupakkumiste alusel või ilma vähem- või võistupakkumisteta“¹⁶⁴. Eelnõu seletuskiri nimetas kõrvaldamist „halva elemendi kõrvaldamiseks hankijate koosseisust“. Kui kõrvaldamise alused olid pakkujal täidetud, „tunnustati ta korratuks“.

¹⁶¹ Vabariigi Valitsuse ettepanek Riigikogule 7. 04.1933, protokoll nr 34, punkt II-1. – Riigiarhiiv, f 31, n 3, s 671.

¹⁶² Vabariigi Valitsuse ettepanek Riigikogule (viide 161).

¹⁶³ Vabariigi Valitsuse ettepanek Riigikogule (viide 161).

¹⁶⁴ Vabariigi Valitsuse ettepanek Riigikogule (viide 161).

Eelnõu esitati Vabariigi Valitsuse poolt riigikogule arutamiseks 7. aprillil 1933. aastal. Arhiivimaterjalidest nähtub, et selle menetlemine Riigikogus ei olnud aga kuigi kiire, mistõttu ärgitas tollane teedeminister oma 1. märtsi 1934. aasta kirjaga¹⁶⁵ Vabariigi Valitsust asjadele kiiremat käiku andma. Riigihangete seaduse eelnõu menetlemisega ei olnud aga üldse rahul Eesti Maaomavalitsuste Liit, kes oma pöördumises siseministri poole¹⁶⁶ sedastas, et „uus seaduse eelnõu on vallaomavalitsuste seiskohalt täiesti vastuvõetamatu, kuna sellega laiendatakse riigi hangete kord ka omavalitsustele, mis toob kaasa vallaomavalitsustes töökoormatise suurenemise. Valdades pole ka selliseid asjatundjaid isikuid, kes suudaks täita kõiki vormaalsusi, mis tingitud uuest korrast. Kogu seaduse täitmine langeb vallasekretärile, kes praegugi on liigselt ülekoormatud tööga. Selle seaduse maksmapanekuga oleks takistatud vallaomavalitsuste vaba ja peenduv majandamise korraldamine“. Siiski möönab Eesti Maaomavalitsuste Liidu esimees oma kirjas, et valdade jaoks oleks küll vaja hangete-eeskirju, kuid need peaksid olema võimalikult lihtsad ja paindlikud.

Huvitav on viidata, et enne 1934. aasta seaduse vastuvõtmist puudus pakkujal kehtiva õiguse alusel vaidlustamise õigus enne, kui hanke tulemusena tehtavad tööd on teostatud ja lõpparve väljastatud. Eelnõu vastuvõtmisega olukord muutus ning sisuliselt loodi hankevaidlusteks erapooletu ekspertiisikomisjon, kes tuvastas, kas pakutav töö või asi oli nõutule vastav. Juhul, kui vaidlus puudutab materjale, mille kõlblikkust saab tuvastada katsetamise või laboratoorse analüüsimise teel, oli vaidluse lahendajaks riigi katsekoda või Tartu Ülikooli laboratoorium, kellele otsus oli pooltele siduv.

Vaadates 15. juunil 1934 riigivanema dekreediga vastu võetud ja 1. oktoobril 1934 jõustunud riigihangete seaduse¹⁶⁷ regulatsiooni, tuleb viidata, et regulatsioon on võrdlemisi modernne ning omab mitmeid ühisjooni täna kehtiva riigihangete seadusega. Näiteks on seaduses kehtestatud piirmäärad, alates millest tuleb riigihange Riigi Teatajas ja ajalehes välja kuulutada (§ 18). Kui hanke hind ei ületa 2000 krooni, võib hanke korraldaja ära jätta ajalehes kuulutamise, olles siiski kohustatud hankest teada andma Riigi Teataja vahendusel. Ka näiteks hanke eeldatava maksumuse ehk eelhinna määramine omab tänase regulatsiooniga tugevaid ühisjooni. §-i 16 kohaselt on eelhinna määramise aluseks nii eelarve- ja turuhind kui ka teedeministeriumi poolt kinnitatud ehitusmaterjalide hindade ja töötasude normid.

¹⁶⁵ Teedeministri 01.03.1934 kiri nr 3548 Vabariigi Valitsusele. – Riigiarhiiv, f 31, n 3, s 671.

¹⁶⁶ Eesti Maaomavalitsuste Liidu esimehe 12.06.1934 kiri nr 91 siseministrile. – Riigiarhiiv, f 31, n 3, s 671.

¹⁶⁷ Riigihangete seadus. – RT 1934, 57, 504.

Võrdluseks hetkel kehtiva seaduse eeldatava maksumuse määramise reeglid, mille kohaselt tuleb riigihanke eeldatava maksumuse määramisel lähtuda hankemenetluse alustamise teate registris avaldamise hetke keskmisele turuhinnale vastavast hinnatasemest (§ 20 lg 2). 1934. aasta seadus nägi aga ette eeldatava hinna osas salatsemise kohustuse, kuna see ei tohtinud kuidagi avalikuks saada ja tuli pärast kindlaks määramist panna pitseeritud ümbrikusse.

Pakkujateks tohtisid seaduse kohaselt olla nii füüsilised kui ka juriidilised isikud, kellel on õigus sõlmida vastavaid lepinguid, ning ka riigi ja omavalitsuste asutused ja ettevõtted, kellele on lubatud võtta endale vastavaid kohustusi (§ 34).

Võistupakkumiste kuulutus pidi avaldatama vähemalt 14 päeva enne vähempakkumiste toimetamist ehk tänapäeva mõistes pakkumuste esitamist. Täna peab teate avaldamise ja pakkumuse esitamise vahele jääma 15 päeva, kui tegemist on siseriikliku hankega. Ja nagu hetkel kehtiva regulatsiooni kohaselt, võib erandlikel juhtudel 14päevast tähtaega lühendada 7 päevani (täna kehtiv regulatsioon võimaldab lühendamisi vaid rahvusvaheliste hankemenetluste korral).

1934. aasta seadus pühendab olulise osa regulatsioonist hankelepingu täitmise tagamisele (§§ 21-30), põlgamata tagatise liigina ära ka näiteks laevahüpoteeki (§ 23).

Hankemenetluse liikideks olid suuline, kirjalik ja segavähempakkumine. Üldjuhul tuli läbi viia segavähempakkumine, mis tähendas ühtlasi nii suusõnalist selgitust kui ka kirjalikku pakkumist (§ 31). Vähempakkumiste avamisel tuli taas mängu ka eelnevalt mainitud suletud pitseeritud ümbrik, mis sisaldas hanke eelhinda.

Magistritöö aspektist olulisi kõrvaldamise aluseid reguleeris seaduse § 35, mis kohustas komisjoni osavõtmisest kõrvaldama soovijad, märkides kõrvaldamise põhjused protokollis, kui pakkuja teenib ametiasutuses, kus leping sõlmitakse või vähempakkumisi toimetatakse, või on selle ametiasutusega ülemusvahekordades või teenib selles Riigikontrolli osakonnas, mille alasse kuulub mainitud ametiasutuse kontrollimine. Samuti tuli kõrvaldada eelnevalt nimetatud isikute abikaasad, alanevad ja ülenevad sugulased. Kõrvaldada tuli ka selline soovija, kes on riigihangete seaduse alusel tunnustatud korratuks ettevõtjaks ning pole võistupakkumise menetlemise hetkel korratute ettevõtjate nimekirjast kustutatud.

Menetluskord nägi ette, et pärast võistupakkumise avamist ja kõrvaldamise aluste kontrollimist esitasid soovijad pakkumiste tagatistrahvid (tänapäevases mõttes pakkumuste tagatised) või tõendid selle kohta, et neil on lubatud osaleda ilma kindlustusi andmata.

Seejärel asuti menetluse suulise osa juurde, kus isikud nimetasid järjest oma pakkumiste hinnad. Seda tehti seni, kuni jõuti madalaima hinnani, millest vähem ei pakkunud enam ükski teine osaleja. Soovijate hindade teadasaamisel avas komisjon eelhinna ümbriku. Kui soovijate poolt pakutud hind oli eelhinnast väiksem, kuulutati kõige madalama hinna pakkunud soovija võitjaks, ilma ümbrikus olnud eelhinda avaldamata. Juhul kui kõige madalam hind jäi siiski kõrgemale ümbrikus olevast eelhinnast, tegi komisjon eelhinna teatavaks ning „tunnustas vähempakkumised tagajärjetuks“.

Vähempakkumise võitja pidi oma võitu kinnitama allkirjaga. Kui ta sellest keeldus, nõuti temalt sisse esitatud lepingu sõlmimise tagatistrahv. Sellel juhul oli uueks võitjaks hinna poolest järgmine soovija.

Kirjaliku vähempakkumise korral esitati pakkumised enne vähempakkumiste avamist ning avati vastaval koosolekul. Komisjon kandis koosolekul avatud pakkumustes sisalduvad hinnad, ilma neid teistele avaldamata, protokollis ning alles seejärel tegi komisjon lahti eelhinnaümbriku. Menetluskord nägi siiski ette, et kõrvaldamise aluseid tuli kontrollida enne eelhinnaümbriku avamist. Juhul kui kaks soovijat pakkusid samasugust hinda, otsustas võitja komisjoni ülem.

Ühisjooni leidub ka pakkumuste konfidentsiaalsuse osas. 1934. aasta seaduse kohaselt hoiti kirjalikes pakkumistes sisalduvad ärisaladused pakkuja soovil saladuses ka pärast vähempakkumiste möödumist.

Segavähempakkumine sisaldas, nagu eelnevalt viidatud, nii suulist kui ka kirjalikku osa. Kirjalikke pakkumisi sai esitada kuni suulise pakkumise alguseni, kuid need avati alles pärast suulise pakkumise lõppemist.

Sarnaselt hetkel kehtivale regulatsioonile (erandite loetelu ja väljakuulutamiseta läbiraakimistega hankemenetluse läbiviimise alused ja eeldused) nägi 1934. aasta seadus ette erijuhud, mil hankeid võis „välja anda valikpakkumiste alusel“. Näiteks oli selliseks aluseks olukord, kus asutus ei suutnud panna kokku täpseid hanke tehnilisi tingimusi, hankeesemed

olid patenteeritud, hange oli eriti vastutusrikka iseloomuga, vajab pakkuvalt erilist oskust ja vilumust või pakkuja oli kõrvaldatud lepingu täitmiselt ja hanke olukord ei võimaldanud alustada uut vähempakkumist. Valikpakkumise võis korraldada ka juhul, kui hankeeset valmistab Eestis vaid kaks tööstust, vähempakkumised ei olnud andnud tagajärgi ning muudel kaaluvatel põhjustel.

Valikpakkumistele rakendati eelpool nimetatud §-st 35 tulenevaid kõrvaldamise aluseid selle täiendusega, et valikpakkumistest ei tohtinud osa võtta isik, kelle kohta oli jõustunud kohtuotsusega määratud vangistus koos õiguste kaotusega või raskem karistus. Isik ei tohtinud valikpakkumistel osaleda, kuni tema karistus oli kehtiv (§ 58).

Erandite nimekiri (§ 68), mil seadus ei kuulnud kohaldamisele, nägi ette, et ilma hanget läbiviimata võis ostu sooritada juhul, kui selle hind ei ületanud 1000 krooni, kusjuures keelatud oli hanke jagamine sihiga sõlmida lepinguid ilma hanketa, osteti näiteks relvi või sanitaarvahendeid kaitsevägele, tegemist oli erakordselt rutulise juhuga, kus hanke iseloom või seiskord ei võimalda välja kuulutada menetlust, riigisaladusega kaetud hankega või muudel kaalukatel põhjustel. Erandite nimekiri kordab ka eeltoodud valikpakkumiste eeldusi.

Erinevalt kehtivast riigihangete seadusest reguleeris tollane riigihangete seadus mitmel puhul ka hankijasisest hanke algatamise või läbiviimise protseduuri, mida tänases seaduses enam ei kohta. Näiteks nägi seaduse alusel Vabariigi Valitsuse poolt 6. veebruaril 1935 kehtestatud riigi hangete määrus¹⁶⁸ ette mitmeid nõudeid hangete planeerimiseks, öeldes, et hankekavad tuleb koostada 45 päeva jooksul arvates eelarveaasta algusest. Erinevuseks on seegi, et suures ulatuses sekkuti riigihankeõigusega hankelepingu täitmisesse ehk sellesse, mis tänapäeval on jäetud võlaõiguse reguleerida.

¹⁶⁸ Riigi hangete määrus. Vabariigi Valitsuse määrus 06.02.1935. – RT 1935, 16, 157.

Lisa 2 – 2000. aasta riigihangete seaduse § 35

§ 35. Pakkuja kõrvaldamine pakkumiselt

(1) Ostja on kohustatud kõrvaldama pakkuja pakkumiselt igal ajal, kui selgub, et pakkuja on esitanud valeandmeid või võltsitud dokumente.

(2) Pakkujat ei kvalifitseerita, kui:

- 1) pakkuja on pankrotis või likvideerimisel, tema äritegevus on peatatud või ta on muus seesuguses seisukorras tulenevalt vastava riigi seadusest;
- 2) pakkuja suhtes on algatatud pankrotimenetlus, sundlikvideerimine või muu seesugune menetlus tulenevalt vastava riigi seadusest;
- 3) pakkuja ei ole täitnud riiklike ja kohalike maksude ning saastekahju hüvitamisega seotud kohustusi;
- 4) vastavalt jõustunud kohtuotsusele on pakkuja viimase kolme aasta jooksul jätnud nõuetekohaselt täitmata pakkumismenetluse tulemusena temaga sõlmitud hankelepingu;
- 5) pakkuja ei ole esitanud andmeid või dokumente, mida ostja on käesoleva seaduse alusel nõudnud.

(3) Käesoleva paragrahvi lõike 2 punktides 1–4 loetletud juhtudel on aktsepteeritav õiguspäeva institutsiooni väljastatud dokument.

(4) Kui pakkuja asukohamaal asjassepuutuvaid dokumente ei väljastata, võivad neid asendada asjassepuutuva isiku kinnitused tema asukohamaa notari või muu pädeva ametniku juuresolekul.

Lisa 3 – Kõrvaldamise alused Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihangete lepingus

Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihangete lepingu ehk GPA leping on käesoleval hetkel ainus Maailma Kaubandusorganisatsioonis juriidiliselt siduv riigihangetealane leping. GPA leping kehtestab lepinguga ühinenud riikide (sh kõik Euroopa Liidu liikmesriigid) hankijatele protseduurireeglid, mida hankijad on kohustatud hankimisel kohaldama. Nende protseduurireeglite eesmärgiks on tagada nii läbipaistvust ja avatust kui ka objektiivsust ja legitiimsust hankelepingute sõlmimise menetluses ning edendada piiriülest kaubandust lepinguga ühinenud riikide vahel.¹⁶⁹ Oluline on märkida, et GPA leping on sellega ühinenud riikidele täitmiseks kohustuslik. Selline reeglipõhine lähenemine on GPA lepingu üks olulisi tunnuseid, kuna mitte kõik riigihankealased rahvusvahelised lepingud ei ole pooltele täitmiseks kohustuslikud.¹⁷⁰

Lepingu kehtiva redaktsiooni üle peeti läbirääkimisi paralleelselt Uruguay vooruga 1994. aastal ning see jõustus 1. jaanuaril 2006. GPA lepingu poolteks on 40 riiki, kaasa arvatud Euroopa Liidu liikmesriigid ning näiteks USA, Kanada, Šveits jne¹⁷¹. GPA leping baseerub avalikkuse, läbipaistvuse ja mitte-diskrimineerimise põhimõtetel. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ on vastu võetud arvestades GPA lepingust tulenevaid põhimõtteid. Samuti sisaldub viide GPA lepingule riigihangete seaduse § 3 punktis 3¹⁷².

GPA lepingu artikkel 8 annab alused pakkujate kvalifitseerimiseks. Sama sätte alalõik h reguleerib ainsana kõrvaldamise aluseid, sedastades, et pakkujaid on võimalik kõrvaldada juhul, kui neil esinevad eeldused pankrotiks või nad on esitanud valeandmeid, kui sellised kõrvaldamise alused on rakendatud kooskõlas GPA lepingu eesmärkidega, pakkujate võrdse kohtlemise ning päritolu alusel mittediskrimineerimise põhimõtetega.

Siinjuures on huvitav välja tuua Ühinenud Rahvaste Organisatsioon kui Maailma Kaubandusorganisatsiooniga tugevat sidet omava organisatsiooni poolt koostatud riigihangete

¹⁶⁹ Bovis (viide 8), lk 124.

¹⁷⁰ Mireles (viide 6), lk 199.

¹⁷¹ Arvutivõrgus: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm#parties (03.04.2012).

¹⁷² Riigihangete seaduse § 3 punkt 3: „Riigihanke korraldamisel on hankija kohustatud järgima järgmisi põhimõtteid: 3) hankija peab kohtlema kõiki isikuid, kelle elu- või asukoht on Eestis, mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis, muus Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigis või Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankelepinguga (Government Procurement Agreement – GPA) ühinenud riigis, võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud.

näidisseaduses¹⁷³ sätestatud kõrvaldamise alused. Nimelt sätestab riigihangete näidisseadus vaid kaks kõrvaldamise alust, mille näol on tegemist kohustuslike kõrvaldamise alustega. Näidisseaduse artikli 21 kohaselt kuuluvad hankemenetlusest kõrvaldamisele pakkujad, kes on püüdnud pistise või altkäemaksu või mõne muu sarnase tegevusega mõjutada hankija otsuseid. Teise kõrvaldamise aluse kohaselt kuuluvad hankemenetluselt kõrvaldamisele pakkujad, kellel on ebaõiglane konkurentsieelis või kes omab huvidekonflikti.

¹⁷³ Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni rahvusvahelise kaubanduse õiguse komisjoni (UNCITRAL) riigihangete näidisseadus 2011. – Arvutivõrgus: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/ML_Public_Procurement_A_66_17_E.pdf (23.04.2012).

Lisa 4 – Direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 45

Artikkel 45

Kandidaadi või pakkuja isiklik olukord

1. Hankelepingu sõlmimise menetluses osalemisest jäetakse välja kõik kandidaadid või pakkujad, kelle suhtes on ostjale teadaolevalt langetatud lõplik kohtuotsus ühel või mitmel järgmisel põhjusel:

- a) osalemine nõukogu ühismeetme 98/733/JSK artikli 2 lõikes 1 määratletud kuritegelikus organisatsioonis;
- b) korrupsioon, nagu on vastavalt määratletud nõukogu 26. mai 1997. aasta akti artiklis 3 ja nõukogu ühismeetme 98/742/JSK artikli 3 lõikes 1;
- c) pettus Euroopa ühenduste finantshuvide kaitse konventsiooni artikli 1 tähenduses;
- d) rahapesu nõukogu 10. juuni 1991. aasta direktiivi 91/308/EMÜ rahandussüsteemi rahapesu eesmärgil kasutamise vältimise kohta artiklis 1 määratletud tähenduses.

Liikmesriigid täpsustavad käesoleva lõike rakendustingimused kooskõlas oma siseriikliku õigusega ja ühenduse õigust arvesse võttes.

Möödapääsmatult vajalikes üldistes huvides võivad liikmesriigid sätestada erandi esimeses lõigus osutatud nõudest.

Käesoleva lõike kohaldamisel teevad ostjad vajadusel kandidaatidele või pakkujatele ettepaneku esitada lõikes 3 osutatud dokumendid ja võivad, kui neil on selliste kandidaatide või pakkujate isikliku olukorra suhtes kahtlusi, pöörduda pädevate asutuste poole asjaomaste kandidaatide või pakkujate isikliku olukorra kohta vajalikuks peetava teabe saamiseks. Kui see teave puudutab kandidaati või pakkujat, kes ei asu ostjaga samas riigis, võib ostja pöörduda koostöö tegemiseks pädevate asutuste poole. Võttes arvesse selle liikmesriigi siseriiklikku õigust, kus kandidaat või pakkuja asub, on sellised palved seotud juriidiliste ja/või füüsiliste isikutega, sealhulgas ettevõtete direktorite ja muude isikutega, kellel on õigus kandidaati või pakkujat esindada, tema nimel otsuseid teha või teda kontrollida.

2. Lepingus osalemisest võib välja jätta iga ettevõtja:

- a) kes on pankrotis või likvideerimisel, kellele kohus on määranud halduri, kes on sõlminud kokkuleppe võlausaldajatega, kes on peatanud äritegevuse või on siseriiklike õigusnormide alusel toimuva samalaadse menetluse tõttu analoogses olukorras;
- b) kelle suhtes on algatatud menetlus pankroti väljakuulutamiseks, sundlikvideerimiseks, halduri määramiseks kohtu poolt või võlausaldajatega kokkuleppe sõlmimiseks või muu samalaadne menetlus siseriiklike õigusnormide alusel;
- c) kes on vastavalt asjaomase riigi õigusnormidele *res judicata* jõudu omava kohtuotsusega tema ametialaste käitumisreeglitega seotud süüteo süüdi mõistetud;
- d) kes on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, kui ostja suudab seda mis tahes viisil tõestada;
- e) kes on täitmata jätnud sotsiaalkindlustusmaksetega seonduvad kohustused, mis tal on vastavalt oma asukohariigi või ostja riigi õigusaktidele;
- f) kes on täitmata jätnud maksukohustused, mis tal on vastavalt oma asukohariigi või ostja riigi õigusaktidele;
- g) kes on käesoleva jao alusel nõutavate andmete esitamisel süüdi raskes pettuses või jätnud sellised andmed esitamata.

Liikmesriigid määravad kindlaks käesoleva lõike rakenduskorra ühenduse ja siseriikliku õiguse alusel.

3. Küllaldase tõendina selle kohta, et ettevõtja suhtes ei kehti ükski lõikes 1 või lõike 2 punktides a, b, c, e või f täpsustatud juhtum, aktsepteerib ostja järgmist:

- a) lõike 1 ja lõike 2 punktide a, b ja c puhul väljavõtte karistusregistrist või selle puudumisel samaväärne dokument, mille on väljastanud isiku päritolu- või lähteriigi pädev kohtuorgan või haldusasutus ning mis tõendab, et need nõuded on täidetud;
- b) lõike 2 punktide e ja f puhul asjaomase liikmesriigi pädeva asutuse väljastatud tõend.

Kui asjaomane riik selliseid dokumente ega tõendeid ei väljasta või kui need ei käsitle kõiki lõikes 1 ja lõike 2 punktides a, b ja c nimetatud juhtumeid, võib need asendada vandega — või kui liikmesriigis ei ole vanne sätestatud, siis töötusega —, mille asjaomane isik annab oma päritolu- või lähteriigi pädeva kohtuorgani või haldusasutuse, notari või pädeva majandus- või kutseorganisatsiooni ees.

4. Liikmesriigid määravad asutused ja organid, kellel on õigus lõikes 3 osutatud dokumente, tõendeid või avaldusi väljastada, ning teatavad sellest komisjonile. Teavitamine ei piira andmekaitseenormide kohaldamist.

Lisa 5 – Kehtiva riigihangete seaduse § 38

§ 38. Pakkuja ja taotleja hankemenetlusest kõrvaldamine

(1) Hankija ei sõlmi hankelepingut isikuga ja kõrvaldab hankemenetlusest pakkuja või taotleja:

1) keda on või kelle seaduslikku esindajat on kriminaal- või väärteomenetluses karistatud kuritegeliku ühenduse organiseerimise või sinna kuulumise eest või riigihangete nõuete rikkumise või kelmuse või ametialaste või rahapesualaste või maksualaste süütegude toimepanemise eest ja kelle karistusandmed ei ole karistusregistrist karistusregistri seaduse kohaselt kustutatud või karistus on tema elu- või asukohariigi õigusaktide alusel kehtiv;

2) kes on pankrotis või likvideerimisel, kelle äritegevus on peatatud või kes on muus sellesarnases seisukorras tema asukohamaa seaduse kohaselt, välja arvatud asjade ostmisel käesoleva seaduse § 28 lõike 4 punktis 4 sätestatud juhul ja tingimustel;

3) kelle suhtes on algatatud sundlikvideerimine või muu sellesarnane menetlus tema asukohamaa seaduse kohaselt;

4) kellel on õigusaktidest tulenevate riiklike või tema elu- või asukoha kohalike maksude või sotsiaalkindlustuse maksete võlg või tähtpäevaks tasumata jäetud maksusummalt arvestatud intress (edaspidi maksuvõlg) hankemenetluse algamise päeva seisuga või maksuvõla tasumine on ajatatud pikemaks perioodiks kui kuus kuud arvates hankemenetluse algamise päevast, välja arvatud juhul, kui maksuvõla tasumise ajatamine on täies ulatuses tagatud. Käesolevas seaduses loetakse riiklike või elu- või asukoha kohalike maksude võlaks pakkuja või taotleja poolt tähtpäevaks tasumata riiklike või elu- või asukoha kohalike maksude ja tähtpäevaks tasumata jäetud maksusummalt arvestatud intressi võlga, mis ületab 100 eurot.

5) kes on samas riigihankes või ühe hankemenetluse raames osadeks jaotatud riigihanke korral sama osa suhtes esitanud ühise pakkumuse, olles ühtlasi esitanud pakkumuse üksi, esitanud mitu ühist pakkumust koos erinevate teiste ühispakkujatega või andnud teisele pakkujale kirjaliku nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana hankelepingu täitmisel;

6) kes on esitanud valeandmeid käesolevas jaos sätestatud või käesolevas jaos sätestatu alusel hankija kehtestatud nõuetele vastavuse kohta.

(1¹) Hankija kontrollib enne hankelepingu sõlmimist maksuvõla puudumist ja andmeid maksuvõla tasumise ajatamise kohta käesoleva paragrahvi lõike 1 punkti 4 osas andmekogus

olevate avalike andmete põhjal või nõuab Maksu- ja Tolliameti ning pakkuja või taotleja elu- või asukohajärgse kohalike maksude maksuhalduri või pakkuja asukohariigi vastava pädevusega ametiasutuse tõendi esitamist maksuvõla puudumise kohta hankija poolt määratud päeva seisuga, pärast pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tegemist. Kui ilmneb, et pakkujal on nimetatud päeval maksuvõlg, ei sõlmi hankija selle isikuga hankelepingut ja kõrvaldab ta hankemenetlusest.

(2) Hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja:

- 1) kelle suhtes või kelle esindaja suhtes on kutse- või ametiliidu aukohtu otsusega või muul sellesarnasel alusel tõendatud raske süüline eksimus kutse- või ametialaste käitumisreeglite vastu;
- 2) kes on jätnud hankija poolt pakkuja või taotleja hankemenetluses kõrvaldamise aluste puudumise kohta nõutud andmed või dokumendid esitamata, kui need andmed või dokumendid ei ole hankijale oluliste kulutusteta andmekogus olevate avalike andmete põhjal kättesaadavad;
- 3) kes on jätnud hankija teavitamata käesoleva paragrahvi lõikes 1 nimetatud asjaolude olulisest muutumisest;
- 4) kelle pakkumuse koostamisel on osalenud isik, kes on osalenud sama riigihanke hankedokumentide koostamisel või kes on muul viisil hankijaga seotud ja sellele isikule seetõttu teadaolev info annab talle eelise teiste pakkujate ees.

(3) Hankija nõuab pakkujalt või taotlejalt koos tema kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatavate dokumentidega:

- 1) kirjaliku kinnituse esitamist käesoleva paragrahvi lõike 1 punktides 1–3 nimetatud asjaolude puudumise kohta;
- 2) Maksu- ja Tolliameti ning pakkuja või taotleja elu- või asukohajärgse kohalike maksude maksuhalduri või pakkuja või taotleja asukohariigi vastava pädevusega ametiasutuse tõendi esitamist käesoleva paragrahvi lõike 1 punktis 4 nimetatud asjaolude puudumise kohta, kui neid andmeid ei ole hankijal võimalik kontrollida andmekogus olevate avalike andmete põhjal. Kui pakkuja või taotleja asukohariigi vastava pädevusega ametiasutus ei väljasta tõendit lõike 1 punktis 4 nimetatud asjaolude puudumise kohta, esitab pakkuja või taotleja selle ametiasutuse tõendi maksuvõlgade puudumise kohta.

(3¹) Hankija võib pakkujalt või taotlejalt nõuda koos tema kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatavate dokumentidega või eraldi pakkuja või taotleja kirjalikku kinnitust või selleks volitatud ametiasutuse väljastatud tõendit selle kohta, et pakkujal või taotlejal käesoleva paragrahvi lõikes 2 nimetatud alused puuduvad.

(4) [Kehtetu - RT I, 31.12.2010, 2 - jõust. 01.01.2011]

(4¹) [Kehtetu - RT I, 31.12.2010, 2 - jõust. 01.01.2011]

(4²) [Kehtetu - RT I, 31.12.2010, 2 - jõust. 01.01.2011]

(5) Kui hankijal on põhjendatud kahtlus, et pakkujal või taotlejal esinevad käesoleva paragrahvi lõike 1 punktides 1–4 nimetatud alused, võib ta selle tuvastamiseks nõuda pakkujalt või taotlejalt nimetatud aluste puudumise kohta vastavat karistusregistri teadet või esitada järelepärimise karistusregistri volitatud töötlejale või nõuda pakkuja või taotleja asukohariigi kohtu- või haldusorgani väljastatud samaväärset dokumenti või muu selleks volitatud ametiasutuse väljastatud tõendit või pakkuja või taotleja kirjalikku volitust pöörduda asjakohaste ametiasutuste poole nimetatud aluste puudumise kohta kinnituse saamiseks. Kui pakkuja või taotleja asukohariik selliseid dokumente ei väljasta, võib selle asendada pakkuja või taotleja või tema esindaja poolt vande all antud tunnistuse või pädeva justiits- või haldusasutuse või notari või kutseala- või ametiliidu ees antud tunnistusega pakkuja või taotleja asukohariigi õigusaktide kohaselt.

(6) Hankija nõuab ühispakkujatelt või ühistaotlejatelt koos nende kvalifikatsiooni tõendamiseks esitatavate dokumentidega nende esindajale antud volikirja esitamist.

(7) Pakkuja või taotleja hankemenetlusest kõrvaldamisel käesolevas paragrahvis sätestatud alustel teeb hankija sellekohase põhjendatud kirjaliku otsuse.

RIIGIHANGETE SEADUSE MUUTMISE SEADUSE EELNÕU

§ 1. Riigihangete seaduses (RT I, 14.02.2012, 2) tehakse järgmised muudatused:

1) paragrahvi 38 lõike 1 punktid 2–4 ja 6 tunnistatakse kehtetuks;

2) paragrahvi 38 lõige 1¹ tunnistatakse kehtetuks;

3) paragrahvi 38 lõiget 2 täiendatakse punktidega 1¹–1⁴ järgmises sõnastuses:

„1¹) kes on pankrotis või likvideerimisel, kelle äritegevus on peatatud või kes on muus sellesarnases seisukorras tema asukohamaa seaduse kohaselt, välja arvatud asjade ostmisel käesoleva seaduse § 28 lõike 4 punktis 4 sätestatud juhul ja tingimustel;

1²) kelle suhtes on algatatud sundlikvideerimine või muu sellesarnane menetlus tema asukohamaa seaduse kohaselt;

1³) kellel on õigusaktidest tulenevate riiklike või tema elu- või asukoha kohalike maksude või sotsiaalkindlustuse maksete võlg või tähtpäevaks tasumata jäetud maksusummalt arvestatud intress (edaspidi maksuvõlg) hankemenetluse algamise päeva seisuga või maksuvõla tasumine on ajatatud pikemaks perioodiks kui kuus kuud arvates hankemenetluse algamise päevast, välja arvatud juhul, kui maksuvõla tasumise ajatamine on täies ulatuses tagatud. Käesolevas seaduses loetakse riiklike või elu- või asukoha kohalike maksude võlaks pakkuja või taotleja poolt tähtpäevaks tasumata riiklike või elu- või asukoha kohalike maksude ja tähtpäevaks tasumata jäetud maksusummalt arvestatud intressi võlga, mis ületab 100 eurot.

1⁴) kes on esitanud valeandmeid käesolevas jaos sätestatud või käesolevas jaos sätestatu alusel hankija kehtestatud nõuetele vastavuse kohta;“;

4) paragrahvi 38 täiendatakse lõikega 2¹ järgmises sõnastuses:

„(2¹) Hankija kontrollib enne hankelepingu sõlmimist maksuvõla puudumist ja andmeid maksuvõla tasumise ajatamise kohta käesoleva paragrahvi lõike 2 punkti 1³ osas andmekogus olevate avalike andmete põhjal või nõuab Maksu- ja Tolliameti ning pakkuja või taotleja elu- või asukohajärgse kohalike maksude maksuhalduri või pakkuja asukohariigi vastava pädevusega ametiasutuse tõendi esitamist maksuvõla puudumise kohta hankija poolt määratud päeva seisuga, pärast pakumuse edukaks tunnistamise otsuse tegemist. Kui ilmneb, et pakkujal on nimetatud päeval maksuvõlg, võib hankija selle isikuga kõrvaldada hankemenetlusest.“;

5) paragrahvi 69¹ lõike 2 punkt 2 muudetakse ja sõnastatakse järgmiselt:

„2) hankelepinguga seotud õiguste ja kohustuste ülevõtjal puuduvad käesoleva seaduse § 38 lõike 1 punktis 1 nimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise alused;“;

§ 2. Seaduse jõustumine

Seadus jõustub 2013. aasta 1. jaanuaril.

Riigikogu esimees

Ene Ergma

Tallinn “ “ _____ 2010

Algatanud Vabariigi Valitsus

(kuupäev)

Vabariigi Valitsuse nimel

(allkirjastatud digitaalselt)

Heiki Loot

Riigisekretär

SELETUSKIRI

Riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõu juurde

1. Sissejuhatus

Eelnõuga muudetakse riigihangete seaduse (edaspidi RHS) seniseid vabatahtlikke ja kohustuslikke pakkujate ja taotlejate hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid. Eesti riigihangete seaduse kõrvaldamise aluste regulatsioon ei ole praegusel kujul kooskõlas Euroopa Liidu riigihangete õigusega, mistõttu viiakse riigihangete seaduse kõrvaldamise aluste regulatsioon sellega kooskõlla.

Hetkel kehtiv riigihangete seadus on õigustamatult laiendanud Euroopa Liidu avaliku sektori riigihankedirektiivis sätestatud kõrvaldamise aluseid, kehtestades direktiivis sätestatud vabatahtlikud kõrvaldamise alused kohustuslikena. Näiteks näeb eelnevalt nimetatud direktiiv ette, et pakkuja maksude ja maksete võlgnevuse tõttu kõrvaldamine eeldab igakordset hankija sellesisulist diskretsiooniotsust. Eestis on hankijad kohustatud kõik maksude ja maksete võlgadega pakkujad hankemenetlusest kohustuslikus korras kõrvaldamata. Sellest tulenevalt on igakordselt piiratud hankemenetluses osalevate pakkujate ring ning takistatud loomulik konkurents hankemenetlustel.

Eelnõu ja sellele lisatud seletuskirja koostas Kadri Teder.

Seaduse vastuvõtmiseks Riigikogus on vajalik koosseisu lihthälteenamus.

2. Seaduse eesmärk

Euroopa Liidus reguleerib avaliku sektori riigihankeid direktiiv 18/2004/EÜ¹⁷⁴ (edaspidi avaliku sektori riigihangete direktiiv), mille artikkel 45 sätestab alused pakkujate hankemenetlusest kõrvaldamiseks. Nimetatud artikkel jaotab kõrvaldamise alused kohustuslikeks ning vabatahtlikeks.

¹⁷⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv nr 2004/18/EÜ ehitustööde riigihanketehingute, asjade riigihanketehingute ja teenuste riigihanketehingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 114—240.

Kohustuslike kõrvaldamise alustena sätestab lõige 1 eeldused, millal on igakordselt ja igal juhul pakkujatega hankelepingu sõlmimine keelatud ning mille täitumisel tuleb pakkujad hankemenetlusest kõrvaldada. Kohustuslikud kõrvaldamise alused on Eesti riigihangete seadusesse üle võetud korrektselt RHS § 38 lõike 1 punktiga 1.

Avaliku sektori riigihangete direktiivi artikkel 45 lõige 2 loetleb vabatahtlikud kõrvaldamise alused, mille rakendamisel näeb direktiiv ette igakordselt hankija kaalutusõiguse. Nimetatud sätte kohaselt tuleb igakordselt kaaluda pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamist, kui pakkuja:

- a) on pankrotis või likvideerimisel, kohus on pakkujale määranud halduri, pakkuja on sõlminud kokkuleppe võlausaldajatega, peatanud äritegevuse või on siseriiklike õigusnormide alusel toimuva samalaadse menetluse tõttu analoogilises olukorras;
- b) suhtes on algatatud menetlus pankroti väljakuulutamiseks, sundlikvideerimiseks, halduri määramiseks kohtu poolt või võlausaldajatega kokkuleppe sõlmimiseks või muu samalaadne menetlus siseriiklike õigusnormide alusel;
- c) on vastavalt asjaomase riigi õigusnormidele *res judicata* jõudu omava kohtuotsusega tema ametialaste käitumisreeglitega seotud süüteos süüdi mõistetud;
- d) on raskelt eksinud ametialaste käitumisreeglite vastu, kui ostja suudab seda mis tahes viisil tõestada;
- e) on täitmata jätnud sotsiaalkindlustusmaksetega seonduvad kohustused, mis tal on vastavalt oma asukohariigi või ostja riigi õigusaktidele;
- f) on täitmata jätnud maksukohustused, mis tal on vastavalt oma asukohariigi või ostja riigi õigusaktidele;
- g) on käesoleva jao alusel nõutavate andmete esitamisel süüdi raskes pettuses või jätnud sellised andmed esitamata.

Loetletud eeldustest on Eesti riigihangete seaduses vabatahtlikud kõrvaldamise alused vaid punktides c ja d sätestatud kõrvaldamise alused. Kõik ülejäänud vabatahtlikud kõrvaldamise alused on Eesti eelnevalt siseriiklikusse õigusesse üle võtnud kohustuslikena.

Eespool toodule tuginedes on käesoleva seaduse eesmärk riigihangete seaduse § 38 lõigetes 1 ja 2 sätestatud kohustuslike ja vabatahtlike kõrvaldamise aluste regulatsiooni avaliku sektori riigihangete direktiiviga kooskõlla viimine.

3. Eelnõu sisu ja võrdlev analüüs

Eelnõu koosneb kahest paragrahvist, millest esimene sisaldab riigihangete seaduse muudatusi ning teine seaduse jõustumisega seotud küsimusi.

Punkt 1

Tunnistatakse kehtetuks paragrahvi 38 lõike 1 punktid 2–4 ja 6. Punktide kehtetuks tunnistamise vajadus tuleneb asjaolust, et neis punktides kehtestatud kohustuslikud kõrvaldamise alused on Euroopa Liidu avaliku sektori riigihangete direktiivis sätestatud vabatahtlikena. Eesti on seni rakendanud nimetatud kõrvaldamise aluseid oluliselt rangemalt kui direktiivis lubatud. Direktiiv ei näe aga ette volitusnormi liikmesriikidele direktiivis sätestatud regulatsiooni teistsuguseks rakendamiseks, mistõttu on Eesti senine praktika kõrvaldamise aluste kehtestamisel vastuolus direktiivist tuleneva regulatsiooniga.

Direktiivi artikkel 45 lõige 2 sätestab selgelt, et hankijal on igakordselt õigus hinnata, kas pakkuja vajab hankemenetlusest kõrvaldamist või mitte, kui tal on maksu või maksete võlg, pankroti- või sundlikvideerimise eelne seisnud või esitanud valeandmeid. Kuna kõikide nimetatud eelduste puhul on võimalik rääkida kõrvaldamise aluste esinemise erinevast raskusest, tuleb igakordselt kaaluda ka konkreetseid asjaolusid. Näiteks, kui pakkuja omab maksuvõlga summas 150 eurot, siis võib hankija hinnata, et sellise suurusega maksuvõlg ei ole lähtudes hankelepingu esemest või selle prioriteetsusest sedavõrd oluline, et pakkuja tuleks kõrvaldada. Samuti tuleb igakordselt hinnata ka nn valeandmete esitamise küsimust, sest sätte laiaast sõnastusest võib pakkuja kõrvaldada ka juhul, kui ta ekslikult ja tahtmatult esitas enda seisundi või kvalifikatsiooni kohta andmeid, mis ei vasta tõele. Kui tegemist ei ole pahatahtliku valeandmete esitamisega, vaid tahtmatu eksimisega pakkumuse koostamisel, võib hankija jätta pakkuja kõrvaldamata. Hetkel on hankija selleks aga kohustatud. Kehtiv regulatsioon ei jäta hankijale kaalumise ruumi, kus arvestada pakkuja vale andmete esitamise raskust.

Seeläbi saab igakordselt kahjustatud konkurentsi edendamise kui riigihangete aluspõhimõtte, kuna ühtse siseturu ja tõhusa konkurentsi kontekstis on ühenduse õiguse huvides, et oleks tagatud võimalikult paljude pakkujate osavõtt hankemenetlusest¹⁷⁵. Olukorras, kus Euroopa Liidu seadusandja on näinud ette, et hankija võib kaalutusotsuse tulemusena astuda lepingusse maksuvõlgasega või hinnata valeandmete esitamise olulisust hankemenetlusega

¹⁷⁵ Euroopa Kohus, *Assitur* (viide104), p 26.

saavutatava eesmärgi suhtes, on Eesti hankijad kohustatud ilma igasuguse kaalumise võimaluseta pakkujad nendel alustel kõrvaldama.

Euroopa Kohus sedastas oma *La Cascina* kohtuasjas, et liikmesriikide kaalutusõiguse piirid on kehtestatud käsitletud sättes endas [direktiivi artiklis 45 lõikes 2] selliselt, et liikmesriigid ei saa ette näha muid kui selles sättes kehtestatud hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuseid. Sätte sõnastusest tulenevalt ei ole ette nähtud selles märgitud hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuste ühtset kohaldamist ühenduse tasandil, nii et liikmesriigid võivad neid hankemenetlusest kõrvaldamise põhjuseid üldse mitte kohaldada, pooldades võimalikult laia osavõttu hankelepingute sõlmimisest, või võtta need siseriiklikesse õigusnormidesse üle erinevate juhtumite korral varieeruva rangusega sätete kaudu ning vastavalt siseriiklikul tasandil valitsevatele õiguskorra, majanduslikele või sotsiaalsetele kaalutlustele. Selles valdkonnas on liikmesriikidel pädevus direktiivi artiklis kehtestatud kriteeriume leevendada või muuta neid paindlikumaks.¹⁷⁶

Seega ütles Euroopa Kohus enda *La Cascina* otsuses, et kõik juhud, mil hankijal on õigus pakkujat hankemenetlusest kõrvaldada, on loetletud direktiivis ehk teisisõnu on direktiivis toodud kõrvaldamise aluste loetelu ammendav. Liikmesriigi ainuke õigus sätte siseriiklikkusse õigusesse viimise varieerimise osas seisneb selles, et liikmesriik võib seda sätet kohaldada selliselt, nagu see on direktiivis otsesõnu kirjas või, kui liikmesriik soovib ja vajalikuks peab, leevendada direktiivis sätestatud või jätta hoopis kohaldamata.

Oma kõrvaldamise aluseid puudutavas järgmises, *Michaniki*¹⁷⁷ otsuses, arendas Euroopa Kohus enda *La Cascina* kohtuasjas kõrvaldamise aluste kohta öeldut veelgi edasi. *Michaniki* kohtuasjas küsis Kreeka kõrgeim halduskohus otse, kas direktiivis loetletud vabatahtlikud kõrvaldamise alused on ammendavad või mitte. Euroopa Kohus vastas, et vaid sellised kõrvaldamise tingimused on lubatavad, mis põhinevad pakkujat puudutavate selliste asjaolude või tema tegude objektiivsel kindlakstegemisel, mis diskrediteerivad tema ametialast ausust või tema majanduslikke ja rahalisi võimalusi viia lõpule ehitustööd, mis on temaga sõlmitud riigihankelepingu esemeks.

¹⁷⁶ Euroopa Kohus 09.02.2006, nr C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina vs Ministero della Difesa*, p 22-23.

¹⁷⁷ Euroopa Kohus 16.12.2008, nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*.

Sellest tulenevalt sedastas Euroopa Kohus, et kõrvaldamise aluste säte loetleb ammendavalt pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamist õigustavad põhjused, mis põhinevad tema ametialaste omadustega seonduvatel objektiivsetel teguritel. See säte takistab seega liikmesriikidel või hankijatel koostada nimekirja muudest ametialaste kriteeriumidega seotud kõrvaldamise põhjustest. Kohus lisas siiski, et sättes esitatud ammendav loetelu ei takista liikmesriikidel säilitada või kehtestada materiaaõiguslikke norme, mille eesmärk on eelkõige tagada riigihangete valdkonnas võrdse kohtlemise põhimõtte ning sellest tuleneva läbipaistvuse põhimõtte järgimine ja mis kehtivad pakkujate suhtes kõigi hankemenetluste puhul, mille ese on selline hankeleping. See tähendab, et liikmesriigil on õigus lisaks ametialaste omadustega seotud objektiivseid kaalutlusi puudutavatele kõrvaldamise kriteeriumidele, mis on loetletud ammendavalt, näha ette muid kõrvaldamise meetmeid selleks, et tagada pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse põhimõtte järgimine riigihankemenetlustes.¹⁷⁸ Samasugust seisukohta kinnitas Euroopa Kohus ka enda järgmises kõrvaldamise aluseid puudutavas Assitur'i kohtuasjas¹⁷⁹.

Nendel kaalutlustel tuleb § 38 punktid 2–4 ja 6 kohustuslike kõrvaldamise aluste kataloogist eemaldada.

Punkt 2

Tulenevalt § 38 lõige 1 punkti 4 kehtetuks tunnistamisest, tuleb kehtetuks tunnistada ka § 38 lõige 1¹, kuivõrd säte sisaldas § 38 lõike 1 punkti 4 rakendustingimusi.

Punkt 3

§ 38 lõiget 2 täiendatakse nelja punktiga, millega kehtestatakse sama paragrahvi lõikest 1 välja jäetud kohustuslikud kõrvaldamise alused vabatahtlikena.

Seaduse eelnõu punkt 3 näeb ette nelja senise kohustusliku kõrvaldamise aluse kehtestamise vabatahtlikuna, jättes nende senise sisu muutmata.

Punkt 4

¹⁷⁸ Euroopa Kohus 16.12.2008, nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*, p 42-44; 47.

¹⁷⁹ Euroopa Kohus 19.05.2009, nr C-538/07, *Assitur Srl vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, p 23.

Paragrahvi 38 täiendatakse lõikega 2¹, millega kehtestatakse § 38 lõige 1 punkti 1³ täiendav rakendamiskord.

Kuna Euroopa Liidu avaliku sektori riigihangete direktiivi artikli 45 teine lõigend lubab liikmesriikidel kindlaks määrata samas sättes kehtestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluste rakenduskord ühenduse ja siseriikliku õiguse alusel, on liikmesriigi otsustada küsimus, millis(t)el ajahetke(de)l ühe või teise vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemist pakkujatel kontrollida. Senine maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmise kontroll kahel erineval ajahetkel on olnud mõistlik. Maksude ja maksete tasumise kohustuse täitmist kontrollitakse esimest korda pakkumuste või kvalifitseerimisdokumentide esitamise järgselt hankemenetluse algamise päeva seisuga ehk hanke teate avaldamise päeva seisuga (või hankedokumentide esitamise päeva seisuga väljakuulutamisetähtaajade täitmisega hankemenetluse puhul). Teine kontroll toimub pärast eduka pakkumuse esitanud pakkuja välja selgitamist aga enne hankelepingu sõlmimist, seega kahe nädala jooksul pärast eduka pakkumuse esitanud pakkuja leidmist, hankija poolt määratud päeva seisuga.

Sellisel on lisaks pakkujate maksukäitumise edendamisele tagatud ka hankemenetluse enda eesmärgid ja ökonomika, kuna hankijad saavad pakkujate maksukäitumist kontrollida kahel hetkel, välistades pideva kontrolli muudel hankemenetluse ajahetkedel. Sellisel ei pea hankija pakkujate ja taotlejate maksukäitumist kontrollima ka siis, kui konkurendid vihjavad mõne pakkuja maksuvõlgnevustele. Rakendades maksude ja maksete alusel vabatahtlikku kõrvaldamise alust, on hankija siiski seotud seaduses ette nähtud kahe võimaliku kõrvaldamise hetkega. Regulatsioon võimaldab aga välistada maksuvõlglaste menetluses osalemise, mis vähendab ka hankija tööd hankemenetluslike toimingute läbiviimisel.

Punkt 5

§ 69¹ lõike 2 punkti 2 muutmise vajaduse tingib § 38 lõikes 1 sätestatud kõrvaldamise aluste ümberstruktureerimine.

4. Eelnõu terminoloogia

Eelnõus kasutatakse riigihangete seaduse senist terminoloogiat, võtmata kasutusele uusi termineid.

5. Eelnõu vastavus Euroopa Liidu õigusele

Eelnõuga viiakse riigihangete seaduse § 38 lõiked 1 ja 2 kooskõlla Euroopa Liidu riigihankeõigusega. Euroopa Liidus reguleerib vabatahtlikke ja kohustuslikke kõrvaldamise aluseid avaliku sektori riigihangete direktiivi artikkel 45.

Vabatahtlike kõrvaldamise aluste kataloogi laiendamise keeldu on Euroopa Liidu Kohus käsitlenud enda *La Cascina*¹⁸⁰, *Michaniki*¹⁸¹ ja *Assitur*'i¹⁸² otsustes.

6. Seaduse mõjud

Eelnõu rakendamine võimaldab hankemenetlustel osaleda suuremal hulgal pakkujatel, kelle maksuvõlg ei ole märkimisväärse suurusega, kes on hoolimata pankrotieelsest seisundist võimelised hankelepungut täitma (näiteks müüma laosolevat kaupa) või kes on pakkumuse koostamisel eksinud andmete esitamisega. Eelnõu laiendab ka hankijate pädevust kõrvaldamise otsuste tegemiselt, kuivõrd suurema osa kõrvaldamise aluste rakendamiseks, tuleb hankijal langetada diskretsiooniotsus.

Kokkuvõtlikult edendab riigihangete seaduse § 38 muudatus konkurentsi.

7. Seaduse rakendamisega seotud riigi ja kohaliku omavalitsuse tegevused, eeldatavad kulud ja tulud

Seaduse rakendamisega otseseid kulutusi ei kaasne.

Kuna maksude ja maksete alusel kõrvaldamine eeldab ka kohalike maksude tasumise kontrolli, on tulevikus soovitatav kõiki kohalikke omavalitsusi ühendava andmebaasi loomine, mis võimaldaks hankijail ka iseseisvalt kohalike maksude võlgnevusi tuvastada. Vastava kokkuleppe saavutamisel vajab andmebaasi loomine rahastust.

¹⁸⁰ Euroopa Kohus 09.02.2006, nr C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina vs Ministero della Difesa*.

¹⁸¹ Euroopa Kohus 16.12.2008, nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*.

¹⁸² Euroopa Kohus 19.05.2009, nr C-538/07, *Assitur Srl vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*.

8. Rakendusaktid

Eelnõuga ei anta ega muudeta volitusnormi.

9. Seaduse jõustumine

Seadus jõustub 2013. aasta 1. jaanuaril, andmaks hankijaile võimalust uue regulatsiooniga tutvuda ning lähtuvalt uuest regulatsioonist hankedokumente ette valmistada.

10. Seaduse koostööstamine

Eelnõu vajab nii riigi- ja omavalitsusasutuste seas koostööstamist kui ka avaliku konsultatsiooni läbiviimist.

Vabariigi Valitsuse nimel

(allkirjastatud digitaalselt)

Heiki Loot

Riigisekretär